

Göttinger Schriften zum Medizinrecht  
Band 25



Jann-Heinrich Müller

## Die Rücknahme der ärztlichen Approbation und ihre Auswirkungen auf den Behandlungsvertrag



Universitätsverlag Göttingen



Jann-Heinrich Müller  
Die Rücknahme der ärztlichen Approbation und ihre  
Auswirkungen auf den Behandlungsvertrag

Dieses Werk ist lizenziert unter einer  
[Creative Commons  
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen  
4.0 International Lizenz](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



erschienen als Band 25 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“  
im Universitätsverlag Göttingen 2021

---

Jann-Heinrich Müller

Die Rücknahme der  
ärztlichen Approbation und  
ihre Auswirkungen auf den  
Behandlungsvertrag

Göttinger Schriften  
zum Medizinrecht Band 25



Universitätsverlag Göttingen  
2021

## Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

### *Herausgeber der Reihe*

Zentrum für Medizinrecht

Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Gunnar Duttge

[www.zfm.uni-goettingen.de](http://www.zfm.uni-goettingen.de)

### *Autorenkontakt*

E-Mail: [jannmueller@googlemail.com](mailto:jannmueller@googlemail.com)

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Satz und Layout: Alice von Berg

Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

© 2021 Universitätsverlag Göttingen

<https://univerlag.uni-goettingen.de>

ISBN: 978-3-86395-520-5

DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2021-1816>

ISSN: 1864-2144

eISSN: 2512-689X

*Für meine Eltern und Julia*





## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen.

An dieser Stelle möchte ich mich bei all jenen bedanken, die mich während des Verfassens der Arbeit unterstützt haben. Zunächst muss mein Doktorvater, Herr Professor Dr. Ivo Bach, hervorgehoben werden, der mich nicht nur auf die Grundproblematik der vorliegenden Arbeit aufmerksam machte, sondern mir auch während des Schreibprozesses jederzeit mit großem Engagement zu Seite stand. Als Doktorand konnte man sich keine bessere Betreuung wünschen.

Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Dr. Ahrens für die Übernahme und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Den Herausgebern der „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“ danke ich für die Aufnahme der Arbeit in ihre Schriftenreihe.

Ein besonderer Dank gilt meinem akademischen Umfeld in Göttingen, allen voran Samad Zarifkar und Patrick Nölscher für unzählige fruchtbringende Diskussionen und Denkanstöße. Dr. Marius Hossbach danke ich für seine fortwährenden Unterstützung und klugen Ratschläge, mit denen er mich durch Studium und Promotion begleitet hat, sowie für ein spannendes Doktorandenseminar.

Laura Kasten danke ich für die Zeit und Mühen, die sie sich als Nichtjuristin (!) für die Lektüre und die Korrektur des Textes genommen hat.

Die Anfertigung einer Doktorarbeit beschränkt sich nicht auf die fachliche Ausarbeitung, sondern ist ein langwieriges Projekt, welches dem Verfasser größten

Einsatz abverlangt. Hierzu ist ein verständnisvolles und unterstützendes Umfeld erforderlich, auf das ich glücklicherweise zurückgreifen durfte. Meinen Mitbewohnern Mieke Feldmann, Nils Gummert und Dr. Niklas Hossbach möchte ich daher für ein echtes Zuhause und eine fantastische Zeit danken, an die ich immer gern zurückdenken werde.

Der größte Dank gebührt aber meiner Familie und insbesondere meinen Eltern Herbert und Renate Müller sowie meiner Freundin Julia Quanz, die mich in jeder erdenklichen Hinsicht unterstützen und mir Rückhalt und Kraft geben.

Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, den 31.10.2021

Jann-Heinrich Müller

# Inhaltsüberblick

|  |          |
|--|----------|
| Vorwort.....   | VII      |
| Inhaltsüberblick.....  | IX       |
| Inhaltsverzeichnis.....  | XIII     |
| Problemaufriss und Gang der Untersuchung.....                              | 1        |
| <b>1. Kapitel: Die öffentlich-rechtliche Seite der Fragestellung .....</b> | <b>1</b> |
| § 1 Die ärztliche Approbation.....   | 3        |
| I. Entwicklung.....  | 3        |
| II. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....                                 | 5        |
| III. Voraussetzungen für die Erteilung der Approbation.....                | 7        |
| IV. Anspruch auf Erteilung.....  | 8        |
| V. Zusammenfassung.....  | 10       |
| § 2 Die Rücknahme der ärztlichen Approbation nach § 5 Abs. 1 BÄO.....      | 11       |
| I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 BÄO.....                  | 12       |
| II. Die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 1 BÄO.....                               | 63       |

|  |     |
|--|-----|
| III. Rücknahmefrist oder zeitlich unbegrenzte Rücknahmemöglichkeit? .....                                | 135 |
| § 3 Ergebnisse der öffentlich-rechtlichen Betrachtung.....   | 139 |
| § 4 Der Fiktionscharakter der <i>Ex tunc</i> -Wirkung.....   | 141 |
| I. Klarstellungsfunktion der Rückwirkung? .....  | 141 |
| II. Rechtsfiktion.....   | 142 |
| <b>2. Kapitel:</b>   |     |
| <b>Die zivilrechtlichen Konsequenzen einer Rücknahme <i>ex tunc</i></b> .....                            | 145 |
| § 5 Darstellung der Verträge, die im Rahmen ärztlicher Tätigkeit geschlossen<br>werden.....              | 147 |
| I. Behandlungsvertrag (Privatbehandlung).....  | 147 |
| II. Krankenhausvertrag .....   | 151 |
| III. Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltungen .....  | 157 |
| IV. Zusammenfassung der möglichen Vertragsgestaltungen im Rahmen<br>der ärztlichen Tätigkeit .....       | 158 |
| § 6 Vorfrage: Inwieweit kann das öffentliche Recht das Privatrecht überhaupt<br>beeinflussen? .....      | 161 |
| § 7 Anwendbarkeit des § 134 BGB .....  | 165 |
| I. Darstellung des § 134 BGB .....   | 166 |
| II. Anwendung des § 134 BGB im Falle des Behandlungsvertrages<br>zwischen Arzt und Privatpatienten ..... | 211 |
| § 8 Folgeansprüche bei <i>Ex tunc</i> -Nichtigkeit des Behandlungsvertrages.....                         | 237 |
| I. Rückerstattung der vertraglichen Leistungen.....  | 237 |
| II. Schadensersatzansprüche .....  | 275 |
| III. Zusammenfassung .....   | 333 |
| IV. Verjährung der Ansprüche des Patienten.....  | 336 |
| V. Beweislast .....  | 340 |
| § 9 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen bei einer<br>Behandlung im Krankenhaus .....    | 343 |
| I. Ambulante Behandlung.....   | 343 |
| II. Stationäre Behandlung.....   | 360 |

---

|  |            |
|--|------------|
| III. Zusammenfassung .....   | 366        |
| § 10 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen zwischen<br>Behandelndem und Krankenhausträger .....   | 369        |
| I. Arbeitsverträge zwischen Krankenhausträger und nachgeordneten<br>Ärzten sowie Chefärzten ohne Liquidationsrecht .....                                 | 369        |
| II. Arbeitsverträge mit Chefärzten unter Einräumung eines<br>Liquidationsrechts .....  | 378        |
| III. Verträge zwischen Klinikbetreiber und Belegarzt .....   | 379        |
| IV. Zusammenfassung .....  | 379        |
| <b>3. Kapitel: Fazit .....</b>   | <b>381</b> |
| I. Zu der Frage nach dem Bruch mit der Terminologie des<br>allgemeinen Verwaltungsrechts.....  | 381        |
| II. Zu der Frage nach der zeitlichen Wirkung der Rücknahme.....  | 381        |
| III. Zu der Frage nach den Folgen einer Rücknahme mit <i>Ex tunc</i> -Wirkung<br>für die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des betroffenen Arztes ..... | 382        |
| Literaturverzeichnis.....  | 387        |



# Inhaltsverzeichnis

|  |          |
|--|----------|
| Vorwort.....   | VII      |
| Inhaltsüberblick.....  | IX       |
| Inhaltsverzeichnis.....  | XIII     |
| Problemaufriss und Gang der Untersuchung.....                              | 1        |
| <b>1. Kapitel: Die öffentlich-rechtliche Seite der Fragestellung .....</b> | <b>1</b> |
| § 1 Die ärztliche Approbation.....   | 3        |
| I. Entwicklung.....  | 3        |
| II. Verfassungsrechtliche Grundlagen .....                                 | 5        |
| III. Voraussetzungen für die Erteilung der Approbation.....                | 7        |
| IV. Anspruch auf Erteilung.....  | 8        |
| V. Zusammenfassung.....  | 10       |
| § 2 Die Rücknahme der ärztlichen Approbation nach § 5 Abs. 1 BÄO.....      | 11       |
| I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 BÄO.....                  | 12       |
| 1. Obligatorische Rücknahmegründe.....                                     | 12       |

|   |    |
|---|----|
| a. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO – Deutscher Ausbildungsabschluss .....  | 12 |
| b. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5 bis Var. 8 BÄO – Ausländische<br>Ausbildungsabschlüsse .....  | 13 |
| aa. Hintergrund: Die Approbationserteilung bei ausländischen<br>Ausbildungsabschlüssen nach § 3 Abs. 1 S. 2, S. 6, Abs. 2 und<br>Abs. 3 BÄO ..... | 13 |
| (1) Ausbildung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat, einem<br>anderen EWR-Staat oder der Schweiz .....  | 14 |
| (a) Europäischer Berufsausweis .....  | 14 |
| (b) Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes .....   | 15 |
| (aa) Wesentliche Unterschiede in der Ausbildung .....   | 16 |
| (bb) Erwerb von Kenntnissen in der ärztlichen<br>Berufspraxis und lebenslanges Lernen .....   | 18 |
| (cc) Eignungsprüfung .....  | 20 |
| (dd) Erforderliche Unterlagen .....   | 20 |
| (ee) Entscheidungsfrist .....   | 21 |
| (2) Ausbildung in einem Drittstaat .....  | 23 |
| bb. Rücknahme im Falle einer ausländischen Ausbildung .....   | 25 |
| c. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis Var. 4 – Approbation und<br>Wiedervereinigung .....   | 26 |
| d. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 9 BÄO – Approbation aufgrund von<br>Übergangsregelungen .....   | 26 |
| e. Sonderproblem der <i>Franchising</i> -Modelle .....  | 27 |
| aa. Hintergrund: Die Approbationserteilung im Falle von<br><i>Franchising</i> -Modellen .....   | 27 |
| (1) Überblick .....   | 27 |
| (2) Vereinbarkeit des <i>Franchising</i> -Modells mit<br>europarechtlichen Vorgaben .....   | 28 |
| (3) Auswirkungen der Europarechtswidrigkeit auf den<br>Anerkennungsmechanismus .....  | 29 |
| (4) Rechtsmissbräuchliches Verhalten .....  | 31 |
| (5) Zwischenergebnis .....  | 33 |
| bb. Die Rücknahme im Falle einer Ausbildung nach den<br><i>Franchising</i> -Modellen .....  | 33 |
| 2. Fakultative Rücknahmegründe .....  | 34 |
| a. Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO .....   | 34 |
| aa. Unwürdigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung,<br>§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BÄO .....  | 35 |
| (1) Grundsätzliches .....   | 35 |
| (2) Erforderlichkeit einer Prognose? .....  | 36 |
| (3) Die Strafbarkeit des Verhaltens .....   | 37 |
| (a) Abstufung anhand des Berufsbezuges der Tat .....  | 37 |
| (b) Besonderheiten im Rahmen der Rücknahme .....  | 39 |
| (c) Fallgruppen .....   | 39 |



|   |    |
|---|----|
| (aa) Vermögens- und Urkundendelikte .....   | 39 |
| (bb) Betäubungsmitteldelikte .....  | 41 |
| (cc) Steuervergehen .....   | 41 |
| (dd) Fahrlässigkeitsdelikte .....   | 42 |
| (4) Objektiver Beurteilungsmaßstab .....  | 42 |
| bb. Unzuverlässigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung,<br>§ 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BÄO .....   | 43 |
| (1) Verstoß gegen Berufspflichten .....   | 44 |
| (2) Fehlverhalten im Rahmen der medizinischen Ausbildung .....  | 46 |
| (3) Fehlverhalten außerhalb des beruflichen Bereichs .....  | 47 |
| cc. Kompensation durch Wohlverhaltensphasen .....   | 47 |
| dd. Mangelnde Eignung aus gesundheitlicher Sicht,<br>§ 5 Abs. 1 S. 2 iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BÄO .....   | 50 |
| b. Mangelnder gleichwertiger Ausbildungsstand oder mangelnder<br>Nachweis eines gleichwertigen Kenntnisstandes nach<br>Abs. 1 S. 3 .....                    | 53 |
| aa. § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO – Fehlende Gleichwertigkeit .....  | 53 |
| bb. § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO – Nicht nachgewiesener,<br>gleichwertiger Kenntnisstand .....  | 55 |
| cc. Kritik an der Ausgestaltung als fakultativer Rücknahmegrund .....   | 55 |
| c. Wesentliche Unterschiede in der Ausbildung oder mangelhafter<br>Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten durch<br>Eignungsprüfung nach Abs. 1 S. 4 ..... | 57 |
| aa. § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BÄO – Wesentliche Unterschiede in der<br>Ausbildung .....  | 57 |
| bb. § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BÄO – Mangelnder Nachweis durch<br>Eignungsprüfung .....   | 57 |
| 3. Zusammenfassung und Würdigung der Tatbestandsvoraussetzungen<br>der Rücknahme .....  | 58 |
| a. Obligatorische Rücknahmegründe .....   | 58 |
| b. Fakultative Rücknahmegründe .....  | 59 |
| aa. Unwürdigkeit .....  | 59 |
| bb. Unzuverlässigkeit .....   | 60 |
| cc. Wohlverhaltensphase bei Unwürdigkeit und Unzuverlässigkeit .....  | 61 |
| dd. Gesundheit .....  | 61 |
| ee. Ausbildung im Ausland .....   | 61 |
| c. Bewertung .....  | 62 |
| II. Die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 1 BÄO .....   | 63 |
| 1. Entscheidung über das „Ob“ der Rücknahme –<br>Entschließungsermessen .....   | 63 |
| a. Verfassungsrechtliche Wertungen .....  | 64 |
| b. Ausübung des Rücknahmeermessens .....  | 65 |
| aa. Wegfall des ursprünglichen Versagungsgrundes .....  | 65 |

|   |     |
|---|-----|
| bb. Berufliche Bewährung und Vertrauensschutz.....  | 68  |
| cc. Falsche Beurteilung durch die Approbationsbehörde.....  | 68  |
| c. Zusammenfassung der Ausführungen zum<br>Entschließungsermessen.....                                | 69  |
| 2. Wirkung der Rücknahme.....   | 70  |
| a. Historische Überlegungen: Woher stammt der Gedanke der<br>pauschalen <i>Ex tunc</i> -Wirkung?..... | 70  |
| aa. Rechtsentwicklung im Bereich der Aufhebung von<br>Verwaltungsakten.....                           | 72  |
| (1) Grundsatz von der freien Widerruflichkeit von<br>Verwaltungsakten.....                            | 73  |
| (2) Wandel infolge der Rechtsprechung des OVG Berlin .....  | 74  |
| (a) Kritik am Vertrauensschutzgedanken.....   | 75  |
| (b) Argumente für die Berücksichtigung des<br>Vertrauensschutzaspektes.....                           | 75  |
| (3) Rückwirkung der Aufhebung im allgemeinen<br>Verwaltungsrecht .....                                | 77  |
| (4) Uneinheitliche Terminologie .....   | 78  |
| (5) Auswirkungen auf die Gesetzgebung der<br>Bundesärzteordnung .....                                 | 81  |
| bb. Zwischenergebnis .....  | 83  |
| b. Systematischer Vergleich mit anderen Rücknahmenvorschriften.....                                   | 84  |
| aa. § 4 Abs. 1 ZHG – Die Rücknahme der zahnärztlichen<br>Approbation .....                            | 84  |
| bb. §§ 6 und 7 BApo.....  | 85  |
| cc. §§ 6 und 7 BTÄO .....   | 86  |
| dd. § 3 Abs. 1 PsychThG .....   | 87  |
| ee. § 14 Abs. 1 BRAO.....   | 88  |
| ff. § 46 Abs. 1 StBerG.....   | 89  |
| gg. § 48 VwVfG .....  | 90  |
| hh. Schlussfolgerung .....  | 93  |
| c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der <i>Ex tunc</i> -Wirkung.....                              | 95  |
| aa. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG .....   | 95  |
| (1) Legitimer Zweck .....   | 95  |
| (2) Geeignetheit.....   | 96  |
| (3) Erforderlichkeit.....   | 96  |
| (4) Angemessenheit der <i>Ex tunc</i> -Wirkung bei Bösgläubigkeit.....                                | 97  |
| (a) Abstrakte Abwägung.....   | 98  |
| (b) Konkrete Abwägung.....  | 98  |
| (5) Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung.....   | 99  |
| bb. Zwischenergebnis der verfassungsrechtlichen Überlegungen....                                      | 100 |
| d. Zwischenergebnis: Pauschale <i>Ex tunc</i> -Wirkung unhaltbar.....                                 | 100 |
| e. Einfachgesetzlicher Rahmen .....   | 100 |
| aa. Vertrauensschutz .....  | 100 |

|  |     |
|--|-----|
| (1) Normative Grundlagen des Vertrauensschutzgedankens .....   | 102 |
| (a) Treu und Glauben.....  | 102 |
| (b) Venire contra factum proprium .....  | 102 |
| (c) Quasivertragliches Schuldverhältnis .....  | 103 |
| (d) <i>Estoppel</i> -Prinzip .....   | 103 |
| (e) Rechtsstaatsprinzip .....  | 104 |
| (f) Sozialstaatsprinzip .....  | 106 |
| (g) Grundrechte.....   | 106 |
| (h) Einordnung und Zwischenergebnis .....  | 107 |
| (2) Dogmatische Anknüpfung des Vertrauensschutz-<br>grundsatzes an § 5 Abs. 1 BÄO .....  | 108 |
| (a) Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens im<br>Entschließungsermessen.....   | 108 |
| (b) Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens im<br>Auswahlermessen.....  | 109 |
| (c) Zwischenergebnis .....   | 110 |
| (3) Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes bei der<br>Approbationsrücknahme.....  | 111 |
| (a) Voraussetzungen für Vertrauensschutz.....  | 111 |
| (aa) Subjektive Komponente: Hat der Arzt auf den<br>Bestand des Verwaltungsaktes vertraut? .....                                   | 112 |
| (bb) Objektive Komponente: Ist das Vertrauen in<br>Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der<br>Rücknahme schutzwürdig? ..... | 113 |
| (aaa) Verantwortungsbereich .....  | 114 |
| (bbb) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis....  | 115 |
| (ccc) Manifestation des Vertrauens.....  | 117 |
| (ddd) Folgen des Fortbestandes für die<br>Allgemeinheit.....   | 117 |
| (eee) Grad der Rechtswidrigkeit.....   | 118 |
| (fff) Zeitraum .....   | 118 |
| (ggg) Alter des Arztes.....  | 119 |
| (hhh) Verwaltungsverfahren .....   | 119 |
| (iii) Vertrauensbeziehung und ärztliches<br>Selbstverständnis.....   | 119 |
| (cc) Zwischenergebnis.....   | 120 |
| (b) Rechtsfolgen schutzwürdigen Vertrauens:<br>Bestandsschutz oder Vermögensschutz? .....  | 121 |
| (aa) Lösungsansatz 1: Bestandsschutz-Modell.....   | 122 |
| (bb) Lösungsansatz 2: Vermögensschutz-Modell.....  | 123 |
| (cc) Folgeprobleme bei Vermögensschutz-Modell.....   | 124 |
| (dd) Lösungsansatz 3: Kombinierte Lösung .....   | 126 |
| (ff) Zwischenergebnis.....   | 126 |

|  |            |
|--|------------|
| (c) Zwischenergebnis der Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes bei der Approbationsrücknahme .....                             | 127        |
| (4) Praktische Auswirkungen der Anwendung des Vertrauensschutzgedankens auf die einzelnen Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 BÄO ..... | 127        |
| (a) § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO.....  | 127        |
| (aa) Nichtbestandene Prüfung .....   | 127        |
| (bb) Medizinstudium genügt nicht den Anforderungen... ..   | 128        |
| (b) § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis Var. 9 BÄO – Nicht abgeschlossene Ausbildung.....   | 130        |
| (c) § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO – Unwürdigkeit, Unzuverlässigkeit und mangelnde gesundheitliche Eignung .....                              | 131        |
| (d) § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO – Mangelnde Gleichwertigkeit .....  | 132        |
| (e) § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO – Mangelnder gleichwertiger Kenntnisstand.....  | 132        |
| (f) § 5 Abs. 1 S. 4 BÄO – Mangelnde Eignungsprüfung oder Kenntnisprüfung.....  | 133        |
| 3. Zwischenergebnis zu den Rechtsfolgen der Approbationsrücknahme  | 133        |
| III. Rücknahmefrist oder zeitlich unbegrenzte Rücknahmemöglichkeit? .....  | 135        |
| 1. Ausschlussfrist für die Rücknahme.....  | 135        |
| 2. Verwirkung .....  | 136        |
| 3. Berücksichtigung im Rahmen der Ermessensentscheidung .....  | 137        |
| 4. Zwischenergebnis .....  | 138        |
| § 3 Ergebnisse der öffentlich-rechtlichen Betrachtung.....   | 139        |
| § 4 Der Fiktionscharakter der <i>Ex tunc</i> -Wirkung.....   | 141        |
| I. Klarstellungsfunktion der Rückwirkung? .....  | 141        |
| II. Rechtsfiktion.....   | 142        |
| <b>2. Kapitel:</b>   |            |
| <b>Die zivilrechtlichen Konsequenzen einer Rücknahme <i>ex tunc</i>.....</b>   | <b>145</b> |
| § 5 Darstellung der Verträge, die im Rahmen ärztlicher Tätigkeit geschlossen werden.....   | 147        |
| I. Behandlungsvertrag (Privatbehandlung).....  | 147        |
| 1. Einordnung des Behandlungsvertrages in die Vertragstypen des BGB .....  | 147        |
| 2. Abgrenzungsfragen.....  | 150        |

|   |     |
|---|-----|
| II. Krankenhausvertrag .....  | 151 |
| 1. Totaler Krankenhausvertrag .....   | 151 |
| 2. Gespaltener Krankenhausvertrag in Belegkrankenhäusern .....                                      | 152 |
| 3. Sonderfall: Ärztliche Wahlleistungen .....   | 152 |
| a. Gespaltener Krankenhausvertrag vs. Totaler Krankenhausvertrag ..                                 | 153 |
| aa. Gespaltener Krankenhausvertrag.....   | 153 |
| (1) Insolvenzrisiko .....   | 153 |
| (2) Risiko der falschen Inanspruchnahme .....   | 154 |
| (3) Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen .....  | 155 |
| bb. Totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag.....   | 155 |
| cc. Anderweitige vertragliche Abrede.....   | 156 |
| III. Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltungen .....   | 157 |
| IV. Zusammenfassung der möglichen Vertragsgestaltungen im Rahmen<br>der ärztlichen Tätigkeit.....   | 158 |
| § 6 Vorfrage: Inwieweit kann das öffentliche Recht das Privatrecht überhaupt<br>beeinflussen? ..... | 161 |
| § 7 Anwendbarkeit des § 134 BGB .....   | 165 |
| I. Darstellung des § 134 BGB .....  | 166 |
| 1. Tatbestand des § 134 BGB .....   | 167 |
| a. Verbotsgesetz nach § 134 BGB .....   | 167 |
| aa. Wortsinn .....  | 167 |
| bb. Teleologische Auslegung .....   | 168 |
| cc. Einseitiges oder beidseitiges Verbot.....   | 168 |
| dd. Verbotsgesetze und Ordnungsvorschriften.....  | 170 |
| ee. Mit Sanktionen bewehrte Verbote.....  | 171 |
| b. Zwischenfazit .....  | 172 |
| 2. Rechtsfolge des § 134 BGB .....  | 173 |
| a. Dogmatische Einordnung des Vorbehaltes .....   | 173 |
| aa. Verweisungsnorm.....  | 174 |
| bb. Auslegungsregel: Grundsätzliche Nichtigkeit bei Verstoß.....                                    | 175 |
| cc. Rechtsprechung .....  | 175 |
| dd. Nichtigkeit nur bei Strafvorschriften? .....  | 176 |
| ee. Streitentscheid .....   | 176 |
| b. Bezugspunkt des Normzweckvorbehaltes.....  | 179 |
| c. <i>Lex specialis derogat legi generali</i> .....   | 180 |
| d. Totalnichtigkeit als Rechtsfolge eines Verbotsverstoßes.....                                     | 181 |
| e. Abkehr von der Totalnichtigkeit .....  | 182 |
| aa. Teilnichtigkeit.....  | 185 |
| (1) Halbseitige Teilnichtigkeit.....  | 187 |

|   |     |
|---|-----|
| (2) Ausweitung des Nichtigkeitbegriffs .....  | 190 |
| bb. Relative Nichtigkeit bzw. schwebende Unwirksamkeit .....  | 191 |
| cc. Nichtigkeit <i>ex nunc</i> .....  | 192 |
| dd. Zwischenergebnis .....  | 193 |
| f. Kriterien für die Anwendung des Normzweckvorbehaltes .....   | 193 |
| aa. Inhaltsverbote.....   | 193 |
| (1) Nicht erfüllte verbotswidrige Ansprüche.....  | 194 |
| (a) Lösung über die anfängliche Unmöglichkeit? .....  | 195 |
| (b) Stellungnahme .....   | 197 |
| (2) Erfüllte Rechtsgeschäfte .....  | 199 |
| (3) Zwischenergebnis .....  | 200 |
| bb. Vornahmeverbote bzw. Ordnungsvorschriften.....  | 200 |
| cc. Adressatenkreis des Verbotsgesetzes .....   | 201 |
| (1) Ansicht der Rechtsprechung.....   | 202 |
| (2) Ansicht der Literatur .....   | 203 |
| (a) Fehlende Differenzierung zwischen Adressatenkreis<br>und tatsächlichem Verbotverstoß durch die<br>Rechtsprechung? ..... | 204 |
| (b) Analyse der Rechtsprechung vor dem Hintergrund<br>dieser Kritik .....   | 204 |
| (c) Zwischenergebnis.....   | 206 |
| (3) Stellungnahme zur Differenzierung nach dem<br>Adressatenkreis .....   | 206 |
| dd. Strafbewehrte Verbotsgesetze.....   | 206 |
| ee. Verschulden und Kenntnis der Verbotsnorm .....  | 208 |
| ff. Telos des Verbotsgesetzes .....   | 208 |
| (1) Anknüpfungspunkt für Verhältnismäßigkeitsprüfung.....   | 208 |
| (2) Doppelte Überprüfung anhand des Telos? .....  | 209 |
| g. Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen<br>§ 134 BGB.....  | 211 |
| II. Anwendung des § 134 BGB im Falle des Behandlungsvertrages<br>zwischen Arzt und Privatpatienten .....                    | 211 |
| 1. § 2 Abs. 1 iVm. Abs. 5 BÄO als Verbotsgesetz.....  | 211 |
| 2. Verstoß des Behandlungsvertrages gegen § 2 BÄO? .....  | 213 |
| a. Umfang des vertraglich vereinbarten Leistungserfolges .....  | 213 |
| b. Rückwirkungsfiktion .....  | 215 |
| c. Subjektive Voraussetzungen und Zwischenergebnis.....   | 217 |
| 3. Vorrang der Anfechtungsregelungen? .....   | 217 |
| a. § 134 BGB als <i>lex specialis</i> .....   | 218 |
| b. Tatbestandliche Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln .....  | 219 |
| aa. § 123 Abs. 1 BGB .....  | 219 |
| bb. § 119 Abs. 2 BGB .....  | 221 |
| c. Zwischenergebnis.....  | 222 |

|   |     |
|---|-----|
| 4. Rechtsfolge des Verstoßes nach § 134 BGB.....  | 222 |
| a. Geeignetheit.....  | 223 |
| aa. Bösgläubiger Behandelnder.....  | 223 |
| (1) Wann liegt Bösgläubigkeit vor?.....   | 223 |
| (2) Präventionswirkung und Vertrauen in die Ärzteschaft.....  | 225 |
| bb. Gutgläubiger Behandelnder.....  | 226 |
| b. Erforderlichkeit.....  | 227 |
| aa. Vollständige Wirksamkeit des Behandlungsvertrages.....  | 227 |
| bb. Nichtigkeit <i>ex nunc</i> .....  | 227 |
| cc. Relative Nichtigkeit beziehungsweise schwebende<br>Unwirksamkeit.....   | 228 |
| dd. Teilnichtigkeit des Behandlungsvertrages.....   | 229 |
| ee. Zwischenergebnis.....   | 230 |
| c. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....  | 230 |
| aa. Abstrakte Abwägung.....   | 230 |
| bb. Konkrete Abwägung.....  | 232 |
| d. <i>Ex nunc</i> -Wirkung bei Unkenntnis des Rücknahmegrundes.....   | 234 |
| e. Zwischenergebnis.....  | 235 |
| § 8 Folgeansprüche bei <i>Ex tunc</i> -Nichtigkeit des Behandlungsvertrages.....                                      | 237 |
| I. Rückerstattung der vertraglichen Leistungen.....   | 237 |
| 1. Bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch des Patienten.....   | 237 |
| a. Kondiktionsausschluss nach § 814 Var. 1 BGB.....   | 238 |
| b. Einwand der Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB.....   | 238 |
| aa. Verschärfte Haftung, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB.....   | 239 |
| bb. Analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB.....   | 241 |
| cc. Folge der Haftungsverschärfung.....   | 242 |
| c. Zwischenergebnis.....  | 242 |
| 2. Bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch des Behandelnden aus<br>§ 812 Abs. 1 Alt. 1 iVm. § 818 Abs. 2 BGB..... | 243 |
| a. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrund.....   | 243 |
| aa. Fremdes Geschäft.....   | 244 |
| bb. Fremdgeschäftsführungswille.....  | 246 |
| cc. Konkurrenz zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und<br>Bereicherungsrecht.....                                  | 250 |
| (1) Wertung des § 817 S. 2 BGB.....   | 252 |
| (2) Wertung des § 814 Alt. 1 BGB.....   | 256 |
| (3) Minderjährigenschutz.....   | 256 |
| (4) Risikoverteilung.....   | 258 |
| (5) Widerspruch zum Schutzzweck nichtigkeitsbegründender<br>Normen.....   | 260 |
| (6) Dogmatischer Unterschied zwischen Leistung und<br>Aufwendung.....   | 261 |

|  |     |
|--|-----|
| (7) Weitere Argumente für den Vorrang der §§ 812 ff. BGB.....  | 262 |
| (8) Stellungnahme .....  | 263 |
| dd. Zwischenergebnis .....   | 265 |
| b. Kondiktionsausschluss nach § 814 Var. 1 BGB?.....   | 265 |
| aa. Nichtschuld.....   | 265 |
| bb. Positive Kenntnis der Nichtschuld.....   | 266 |
| cc. Zwischenergebnis .....   | 268 |
| c. Kondiktionsausschluss gem. § 817 S. 2 BGB.....  | 268 |
| aa. Anwendbarkeit des § 817 S. 2 nur bei beiderseitigem Verstoß? ..  | 269 |
| bb. Subjektive Komponente des § 817 S. 2 BGB .....   | 269 |
| (1) Kenntnis der Umstände ausreichend.....   | 270 |
| (2) Besonderheiten aufgrund der Rückwirkung.....   | 271 |
| (3) § 142 Abs. 2 BGB analog .....  | 272 |
| (4) Kenntnis oder leichtfertige Unkenntnis des<br>Rücknahmegrundes?.....   | 273 |
| (5) Zwischenergebnis .....   | 274 |
| d. Zwischenergebnis .....  | 274 |
| II. Schadensersatzansprüche .....  | 275 |
| 1. Sekundäransprüche des Patienten gegen den bösgläubigen<br>Behandelnden wegen unwirksamer Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1,<br>311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB..... | 275 |
| a. Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB.....   | 275 |
| b. Pflichtverletzung.....  | 282 |
| aa. Heilbehandlung als Körperverletzung.....   | 282 |
| (1) Einwilligung.....  | 286 |
| (a) Fehlerhafte Aufklärung .....   | 286 |
| (aa) Notwendigkeit der Aufklärung über die fehlende<br>Approbation .....   | 286 |
| (bb) Folgen der Rückwirkung .....  | 288 |
| (aaa) <i>Nemo tenetur</i> -Grundsatz.....  | 289 |
| (bbb) Zwischenergebnis .....   | 292 |
| (cc) Hypothetische Einwilligung .....  | 292 |
| (b) Unwirksame Einwilligungserklärung.....   | 293 |
| (aa) Dogmatische Einordnung der<br>Einwilligungserklärung.....   | 293 |
| (aaa) Argumente gegen die Einordnung als<br>Willenserklärung.....  | 293 |
| (bbb) Streitentscheid .....  | 295 |
| (bb) Unwirksamkeit nach § 134 BGB analog.....  | 296 |
| (cc) Widerruflichkeit und Anfechtbarkeit .....   | 297 |
| (aaa) Kenntnis des aufklärungspflichtigen<br>Rücknahmegrundes .....  | 298 |



|  |     |
|--|-----|
| (bbb) Grob fahrlässige Unkenntnis eines<br>aufklärungspflichtigen Rücknahmegrundes.....  | 298 |
| (ccc) Rücknahmegrund nicht aufklärungspflichtig....  | 299 |
| (c) Zwischenergebnis .....   | 299 |
| (2) Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung.....  | 300 |
| bb. Zwischenergebnis .....   | 302 |
| c. Vertretenmüssen, § 276 BGB .....  | 302 |
| aa. Vorsatz .....  | 302 |
| (1) Grundkenntnisse des Behandelnden hinsichtlich des<br>Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisses .....  | 303 |
| (2) Vorsatz bei formellem Aufklärungsfehler .....  | 303 |
| (3) Vorsatz bei materiellem Aufklärungsfehler .....  | 304 |
| (4) Vorsatz bei unwirksamer Einwilligungserklärung mangels<br>Freiwilligkeit .....   | 305 |
| (5) Vorsatz bei Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung<br>wegen eines <i>error in persona</i> .....  | 305 |
| bb. Fahrlässigkeit .....   | 306 |
| cc. Vertretenmüssen der vorvertraglichen<br>Aufklärungspflichtverletzung .....   | 308 |
| d. Kausaler Schaden.....   | 310 |
| aa. Ersatzfähiger Schaden bei bloßer Verletzung des<br>Persönlichkeitsrechtes? .....   | 311 |
| bb. Besondere Voraussetzungen für ersatzfähige<br>Persönlichkeitsrechtsverletzungen.....   | 313 |
| (1) Erheblichkeit der Persönlichkeitsrechtsverletzung .....  | 314 |
| (2) Keine anderweitige Kompensation der Verletzung.....  | 315 |
| (3) Zwischenergebnis .....   | 318 |
| (4) Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung.....  | 319 |
| e. Zwischenergebnis.....   | 320 |
| 2. Sekundäransprüche des Patienten gegen den gutgläubigen<br>Behandelnden wegen unwirksamer Einwilligung aus<br>§ 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB.....  | 320 |
| a. Schuldverhältnis.....   | 320 |
| b. Pflichtverletzung.....  | 320 |
| c. Vertretenmüssen .....   | 321 |
| d. Zwischenergebnis .....  | 321 |
| 3. Sekundäransprüche des Patienten gegen den bösgläubigen<br>Behandelnden aufgrund einer nicht <i>lege artis</i> durchgeführten<br>Behandlung..... | 321 |
| a. Problematik des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes infolge der<br>Rücknahme.....  | 322 |
| b. Mangelnde Qualifikation als Behandlungsfehler .....   | 324 |
| c. Zwischenergebnis.....   | 324 |

|  |     |
|--|-----|
| 4. Sekundäransprüche des Patienten gegen den gutgläubigen<br>Behandelnden aufgrund einer nicht <i>lege artis</i> durchgeführten<br>Behandlung.....             | 325 |
| a. Eingriff entgegen der Vorgaben der ärztlichen Kunst als<br>Behandlungsfehler.....   | 325 |
| b. Mangelnde Qualifikation als Behandlungsfehler .....   | 326 |
| c. Zwischenergebnis.....   | 327 |
| 5. Deliktische Ansprüche des Patienten bei unwirksamer Einwilligung<br>und bei nicht <i>lege artis</i> durchgeführter Behandlung.....                          | 327 |
| a. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unwirksamer<br>Einwilligung gegen den bösgläubigen Behandelnden .....                                     | 327 |
| aa. Rechtsgutverletzung und Verletzungshandlung .....  | 327 |
| bb. Rechtswidrigkeit.....  | 327 |
| cc. Vorsatz oder Fahrlässigkeit.....   | 328 |
| dd. Kausaler Schaden.....  | 329 |
| ee. Zwischenergebnis .....   | 329 |
| b. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unwirksamer<br>Einwilligung gegen den gutgläubigen Behandelnden .....                                     | 329 |
| c. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den<br>bösgläubigen Behandelnden im Falle einer nicht <i>lege artis</i><br>durchgeführten Behandlung..... | 330 |
| d. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den<br>gutgläubigen Behandelnden im Falle einer nicht <i>lege artis</i><br>durchgeführten Behandlung..... | 330 |
| e. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 2 BGB iVm.<br>§ 223 ff. StGB bzw. § 2 BÄO.....  | 331 |
| 6. Ansprüche des gutgläubigen Behandelnden gegen den Patienten<br>aus § 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB.....  | 331 |
| 7. Ansprüche des bösgläubigen Behandelnden gegen den Patienten<br>aus §§ 280 Abs. 1, 311b Abs 2 Nr. 3, § 241 Abs. 2 BGB.....                                   | 332 |
| III. Zusammenfassung .....   | 333 |
| 1. Bösgläubiger Behandelnder.....  | 333 |
| 2. Gutgläubiger Behandelnder .....   | 335 |
| 3. Sekundäransprüche des Behandelnden.....   | 335 |
| IV. Verjährung der Ansprüche des Patienten.....  | 336 |
| 1. Anspruch des Patienten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.....  | 336 |
| 2. Schadensersatzanspruch des Patienten wegen unwirksamer<br>Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2,<br>253 Abs. 2 BGB .....               | 337 |

|  |     |
|--|-----|
| 3. Schadensersatzanspruch des Patienten wegen einer nicht <i>lege artis</i> durchgeführten Behandlung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB ..... | 338 |
| 4. Deliktische Ansprüche des Patienten .....   | 339 |
| 5. Schlussfolgerung .....  | 339 |
| V. Beweislast .....  | 340 |
| § 9 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen bei einer Behandlung im Krankenhaus .....   | 343 |
| I. Ambulante Behandlung .....  | 343 |
| 1. Behandelnder als Vertragspartner .....  | 343 |
| 2. Krankenhausträger als Vertragspartner .....   | 344 |
| a. Wirksamkeit des Behandlungsvertrages mit dem Patienten .....  | 344 |
| aa. Rechtsfolge des § 134 BGB .....  | 344 |
| bb. Zurechnung der Kenntnis eines bösgläubigen Behandelnden <sup>2</sup> .....   | 346 |
| (1) Zurechnung der Kenntnis eines leitenden Krankenhausarztes .....  | 346 |
| (2) Zurechnung der Kenntnis eines nachgeordneten Arztes .....  | 348 |
| (3) Zwischenergebnis .....   | 348 |
| cc. Zwischenergebnis .....   | 348 |
| dd. Fehlende Geeignetheit mangels präventiver Wirkung .....  | 349 |
| b. Sekundäransprüche des Patienten gegen den Krankenhausträger wegen unwirksamer Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1, 630a BGB .....                                    | 350 |
| c. Sekundäransprüche des Patienten gegen den Klinikträger wegen einer nicht <i>lege artis</i> durchgeführten Behandlung aus § 280 Abs. 1, 630a BGB .....           | 350 |
| d. Deliktischer Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger aus § 831 BGB .....   | 351 |
| e. Deliktische Ansprüche des Patienten gegen den Behandelnden .....  | 352 |
| f. Rechtsbeziehung zwischen Patienten und Krankenhausträger bei vollständiger Wirksamkeit des Behandlungsvertrages .....   | 352 |
| aa. Anspruch des Patienten auf Rückzahlung der Vergütung aus § 326 Abs. 4 iVm. §§ 346–348 BGB .....  | 352 |
| bb. Anspruch aus Rückgewährschuldverhältnis, § 346 Abs. 1 BGB .....  | 353 |
| cc. Anspruch des Patienten auf Herausgabe der Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB .....  | 353 |
| (1) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB .....   | 354 |
| (2) Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB .....  | 355 |
| (3) Zwischenergebnis .....   | 356 |
| dd. Wertersatzanspruch des Krankenhausträger aus §§ 812 Abs. 1 Alt. 1 iVm. 818 Abs. 2 BGB .....  | 356 |

|  |     |
|--|-----|
| ee. Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den<br>Krankenhaussträger wegen Verletzung seines<br>Selbstbestimmungsrechts aus § 280 Abs. 1, § 630a Abs. 1 BGB<br>bzw. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB..... | 356 |
| ff. Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den<br>Krankenhaussträger aus §§ 280 Abs. 1 iVm. 630a BGB bzw.<br>§§ 280 Abs. 1 iVm. 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB wegen<br>eines Behandlungsfehlers .....                 | 358 |
| gg. Deliktische Ansprüche .....  | 358 |
| 3. Zwischenergebnis für den Fall der ambulanten Behandlung .....   | 358 |
| II. Stationäre Behandlung .....  | 360 |
| 1. Totaler Krankenhausvertrag .....  | 360 |
| 2. Gespaltener Krankenhausvertrag.....   | 361 |
| a. Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Belegarzt.....  | 361 |
| b. Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Krankenhaussträger .....  | 361 |
| aa. Nichtigkeit nach § 139 BGB.....  | 361 |
| bb. Rückabwicklung des Krankenhausaufnahmevertrages.....   | 363 |
| 3. Auswirkungen auf die Vertragsverhältnisse bei ärztlichen<br>Wahlleistungen .....  | 363 |
| a. Gespaltener Krankenhausvertrag .....  | 363 |
| b. Arztzusatzvertrag.....  | 364 |
| aa. Rechtsbeziehung zwischen Patienten und Wahlarzt.....   | 364 |
| bb. Rechtsbeziehung zwischen Krankenhaussträger und Patienten..  | 365 |
| III. Zusammenfassung .....   | 366 |
| 1. Rechtsverhältnis Patient – Behandelnder .....   | 366 |
| 2. Rechtsverhältnis Patient – Krankenhaussträger .....   | 366 |
| § 10 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen zwischen<br>Behandelndem und Krankenhaussträger .....  | 369 |
| I. Arbeitsverträge zwischen Krankenhaussträger und nachgeordneten<br>Ärzten sowie Chefarzten ohne Liquidationsrecht .....  | 369 |
| 1. Kondiktionsanspruch des Klinikträgers gegen den bösgläubigen<br>Behandelnden auf Rückzahlung des Honorars nach<br>§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB.....   | 371 |
| a. Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis.....   | 372 |
| aa. Hintergrund .....  | 372 |
| bb. Dogmatik 373   |     |
| cc. Einschränkungen .....  | 374 |
| dd. Zwischenergebnis .....   | 377 |
| b. Wertungsmäßiges Ungleichgewicht .....   | 377 |
| c. Zwischenergebnis.....   | 378 |

---

|  |            |
|--|------------|
| 2. Wertersatzanspruch des Behandelnden nach<br>§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB .....  | 378        |
| II. Arbeitsverträge mit Chefärzten unter Einräumung eines<br>Liquidationsrechts .....  | 378        |
| III. Verträge zwischen Klinikbetreiber und Belegarzt .....   | 379        |
| IV. Zusammenfassung .....  | 379        |
| <b>3. Kapitel: Fazit .....</b>   | <b>381</b> |
| I. Zu der Frage nach dem Bruch mit der Terminologie des allgemeinen<br>Verwaltungsrechts .....   | 381        |
| II. Zu der Frage nach der zeitlichen Wirkung der Rücknahme .....   | 381        |
| III. Zu der Frage nach den Folgen einer Rücknahme mit <i>Ex tunc</i> -Wirkung<br>für die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des betroffenen Arztes ..... | 382        |
| 1. Verhältnis Patient – Behandelnder .....   | 382        |
| 2. Verhältnis Patient – Krankenhausträger .....  | 384        |
| 3. Verhältnis Krankenhausträger – Behandelnder .....   | 386        |
| Literaturverzeichnis .....   | 387        |



## Problemaufriss und Gang der Untersuchung

*„Die Rücknahme beseitigt die Approbation und die mit ihr verbundene Rechtsposition mit rückwirkender Kraft, während der Widerruf die Rechte aus der Approbation für die Zukunft aufhebt.“<sup>1</sup>*

Diese Behauptung wird so oder in ähnlicher Form in zahlreichen medizinrechtlichen Publikationen zu § 5 BÄO aufgestellt<sup>2</sup> und kann als einschlägige Lehrmeinung bezeichnet werden.<sup>3</sup> Die Norm ist *lex specialis* zu den allgemeinen Regelungen der Aufhebung von Verwaltungsakten in den §§ 48, 49 VwVfG.<sup>4</sup> Unklar ist in diesem Zusammenhang zunächst, ob die Behauptung einer Differenzierung nach der zeitlichen Wirkung einen Bruch mit der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts darstellt. Denn die Abgrenzung zwischen Rücknahme und Widerruf eines Verwaltungsaktes erfolgt im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht anhand der

---

<sup>1</sup> Laufs/Kern/Rehborn/Rehborn, § 8 Rn. 29; wortgleich in: Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, § 13 Rn. 25.

<sup>2</sup> Siehe die Ausführungen in Spickhoff/*Spickhoff*, 2. Auflage, § 5 BÄO Rn. 1; Spickhoff/*Schelling*, 3. Auflage, § 5 BÄO, Rn. 1; Janda, Medizinrecht, S. 100; Wenzel, FA-MedR/*Schirmer/Dochow*, Kap. 10 Rn. 26; Clausen/*Wollersheim*, § 6 Rn. 13; Hofstetter, Arztrecht, S. 33; Heberer/*Bäumel*, Arzt und Recht, S. 15; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 97; *Schiny*, § 5 BÄO Rn. 1; Narr/*Haage*, B-II 2 Rn. 1; Saalfrank/*Frebse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 89; ebenso aus der Rechtsprechung: SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 22.

<sup>3</sup> So auch die beigelegene Bezirksregierung Köln in SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 9.

<sup>4</sup> BVerwG, MedR 1998, 142; *Haage*, BÄO, § 5 Rn. 1; Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, § 13 Rn. 25.

zeitlichen Wirkung, sondern nach dem Kriterium der Rechtmäßigkeit beziehungsweise der Rechtswidrigkeit.<sup>5</sup> Die Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes erfolgt durch Rücknahme nach § 48 VwVfG, während für rechtmäßig ergangene Verwaltungsakte die Regelung des Widerrufs in § 49 VwVfG einschlägig ist.<sup>6</sup> Eine Aufhebung mit Wirkung für die Vergangenheit sowie für die Zukunft kommt dagegen nach beiden Normen in Betracht.<sup>7</sup>

Bemerkenswert ist auch, dass der Wortsinn des § 5 BÄO keinerlei Anhaltspunkte für eine derartige Differenzierung nach der zeitlichen Wirkung bietet.<sup>8</sup> Trotzdem geht der Begründungsaufwand in der einschlägigen Literatur in diesem Punkt gegen Null. Dies ist insofern verwunderlich, weil im Falle der Rücknahme der Approbation mit *Ex tunc*-Wirkung schwerwiegende Folgen drohen.<sup>9</sup> Aus zivilrechtlicher Sicht ist etwa die Wirksamkeit der Behandlungsverträge zu nennen, die der betroffene Arzt mit seinen Patienten geschlossen hat. Bei rückwirkendem Entzug der Approbation wäre er zu behandeln, als wäre er niemals approbiert gewesen.<sup>10</sup> Denkbare Auswirkungen auf in der Vergangenheit geschlossene Behandlungsverträge reichen von der Anfechtbarkeit über die Unmöglichkeit der Leistungserbringung bis zu Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB. Die Folge wären möglicherweise Rückforderungsansprüche der Patienten. Je nachdem, wie lange der Behandelnde praktiziert hat, könnten diese ein beträchtliches Ausmaß erreichen, wobei auch zu klären wäre, wann ein solcher Anspruch verjährt. Daneben ist auch die für die Rechtfertigung von Heileingriffen<sup>11</sup> erforderliche Einwilligung zu beleuchten. Deren Einholung ist nicht nur im Hinblick auf die deliktische Haftung relevant, sondern stellt gemäß § 630d BGB auch eine vertragliche Pflicht dar. Eine Verletzung kann mithin auch zu einem vertraglichen beziehungsweise vertragsähnlichen Schadensersatzanspruch führen. Für die Wirksamkeit der Einwilligung ist erforderlich, dass die betroffenen Patienten soweit über die Behandlung und deren Risiken informiert waren, dass sie im Lichte ihrer Selbstbestimmungsfreiheit eine eigenverantwortliche, autonome Entscheidung bezüglich der

---

<sup>5</sup> Teilweise wird dieses Kriterium auch im Rahmen von § 5 BÄO erwähnt. So bei *Schiny*, § 5 BÄO Rn. 1, der ausführt, dass die Rücknahme bei einer rechtswidrig erteilten Approbation erfolgt; ebenso *Hofstetter*, *Arztrecht*, S. 33; *Heberer/Bäumli*, *Arzt und Recht*, S. 15; *Heberer*, *Das ärztliche Berufs- und Standesrecht*, S. 97; *Spickhoff/Schelling*, § 5 BÄO Rn. 1 spricht davon, dass die Rücknahme die Aufhebung eines VA sei, „*der gar nicht hätte ergeben dürfen, da bei seinem Erlass die unabdingbaren Voraussetzungen hierfür nicht vorgelegen haben*“.

<sup>6</sup> *Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 10 Rn. 678.

<sup>7</sup> Siehe § 48 I und § 49 I, III VwVfG.

<sup>8</sup> SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 21.

<sup>9</sup> Diese Folgen zumindest andeutend: *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 3; ebenso die beigeladene Bezirksregierung Köln in SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 9.

<sup>10</sup> *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 1; *Spickhoff/Schelling*, § 5 BÄO Rn. 1.

<sup>11</sup> Die strafrechtliche Dimension dieser Frage soll für die vorliegende Arbeit außer Betracht bleiben.



Vornahme der Behandlung treffen konnten.<sup>12</sup> Einem solchen *informed consent* könnte die *ex tunc* entfallene Approbation entgegenstehen.

Schließlich könnten die zivilrechtlichen Auswirkungen der Rückwirkung auch für die Approbationsbehörden von nicht unerheblicher Bedeutung sein. Denn im Falle einer fakultativen Rücknahme müssten in der Ermessensentscheidung auch die negativen Folgen für den betroffenen Arzt berücksichtigt werden.<sup>13</sup>

Klärungsbedürftig sind daher im Wesentlichen folgende Fragen:

1. *Bricht die Bundesärzteordnung mit der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Terminologie, nach der die Einordnung der Aufhebung eines Verwaltungsaktes in Rücknahme und Widerruf von dessen Rechtmäßigkeit abhängt?*
2. *Wirkt die Rücknahme der ärztlichen Approbation immer auf den Zeitpunkt ihrer Erteilung zurück?*
3. *Welche Auswirkungen hat die momentan in der Literatur vertretene Auffassung der pauschalen Ex tunc-Wirkung auf die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des betroffenen Arztes?*

Die Tatsache, dass sich die behandelte Thematik auf der Schnittstelle zwischen dem öffentlich-rechtlich geprägten ärztlichen Berufsrecht und dem Zivilrecht befindet, soll sich auch im Aufbau dieser Bearbeitung niederschlagen. Sie ist zweigeteilt.

Das erste Kapitel der Untersuchung beleuchtet die öffentlich-rechtliche Facette der Thematik. Dazu wird zunächst die ärztliche Approbation als solche thematisiert (§ 1). Der Hintergrund der gesetzgeberischen Entscheidung, die Ausübung des ärztlichen Berufes durch ein Genehmigungserfordernis zu beschränken, wird dabei ebenso zu beleuchten sein, wie die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Erteilung. Sodann wird auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Entzuges der Approbation nach § 5 BÄO einzugehen sein (§ 2). Dabei werden zunächst die Voraussetzungen dargestellt, die für eine Rücknahme der Approbation vorliegen müssen. Im Anschluss stehen die Rechtsfolgen im Mittelpunkt der Betrachtung. Hierzu ist zunächst die gesetzgeberische Entwicklung der Normen zu analysieren, die die Rechtsgrundlage für die Rücknahme bilden. Erfolgversprechend erscheint zudem ein systematischer Vergleich mit anderen Vorschriften zur Aufhebung von Verwaltungsakten. Ein besonderes Augenmerk soll dabei auf „verwandten“ Vor-

---

<sup>12</sup> Ratzel/Luxenburger/Jung/Lichtschlag-Traut/Ratzel/Handbuch Medizinrecht, Kap. 13 Rn. 125; MüKo BGB/Wagner, § 630e Rn. 2; Spickhoff/Spickhoff, § 630e BGB Rn. 1.

<sup>13</sup> Spickhoff/Eichelberger, § 3 PsychThG Rn. 8; Siehe auch Janda, Medizinrecht, S. 100, nach der für eine verhältnismäßige Rücknahme auch die wirtschaftlichen Folgen für den Arzt zu beurteilen sind. Freilich bezieht sie diese Aussage nur darauf, dass dem Arzt mit der Rücknahme die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird. Die Frage möglicher Rückforderungsansprüche wird nicht thematisiert.

schriften anderer Heilberufe liegen, also solcher, die die Rechtsgrundlagen für den Entzug der Approbation bei Zahnärzten, Psychotherapeuten, Heilpraktikern, Apothekern und Tierärzten liefern. Auch wird zu thematisieren sein, inwieweit eine generelle Rückwirkung des Approbationsentzuges den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht.

Im zweiten Kapitel der Arbeit werden die zivilrechtlichen Auswirkungen untersucht, die nach der gängigen Lehrmeinung bei einer Rücknahme *ex tunc* eintreten. Hintergrund ist zweierlei. Zum einen erscheint es mit Blick auf die Auslegung des § 5 BÄO fruchtbringend, sich über die rechtsgebietsübergreifenden Auswirkungen einer rückwirkenden Entziehung im Klaren zu sein. Zum anderen sollen die Ausführungen dem Rechtsanwender an die Hand gegeben werden, der zunächst einmal davon ausgehen muss, dass sich die Praxis im Zweifel der gängigen Lehrmeinung anschließen wird.<sup>14</sup>

Dabei stellt sich eine Reihe von Fragen: Zunächst ist zu klären, inwieweit eine verwaltungsrechtliche Behördenentscheidung im Zivilrecht überhaupt Wirkung entfalten kann (§ 5). Inwieweit kann der zivilrechtliche Grundsatz der Privatautonomie durch die Exekutive eingeschränkt werden? Auf die Behandlung dieser grundsätzlichen Fragestellung folgen ganz konkrete Erwägungen hinsichtlich der Folgen der *Ex tunc*-Wirkung. Dabei wird der Blick zunächst auf das modellhafte Behandlungsverhältnis zwischen Arzt und Privatpatient gerichtet (§§ 7 und 8). Sodann folgen ergänzende Ausführungen zu Vertragsgestaltungen, die im Rahmen einer Krankenhausbehandlung in Betracht kommen (§ 9). Schließlich werden Vertragsbeziehungen betrachtet, die der Arzt als Arbeitnehmer gegenüber einem Krankenhausbetreiber eingeht (§ 10).

---

<sup>14</sup> Gefolgt ist dem bereits das SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 22.

# **1. Kapitel: Die öffentlich-rechtliche Seite der Fragestellung**

Bevor näher auf die Rücknahme eingegangen werden kann, ist zunächst die Rechtsfigur der ärztlichen Approbation als solche in den Blick zu nehmen. Dies ist durch die Systematik des § 5 BÄO bedingt, der bezüglich der Rücknahmegründe auf die Voraussetzungen zur Erteilung der Approbation nach § 3 BÄO verweist, sodass man auch von einer Verzahnung der Vorschriften sprechen kann. Um die Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme zu verstehen, ist es daher unabdingbar darzulegen, unter welchen Voraussetzungen die Approbation erteilt wird.



# § 1 Die ärztliche Approbation

## I. Entwicklung

Das Erfordernis einer Erlaubnis, um die Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ auszuüben, entspringt dem staatlichen Bestreben, die Bevölkerung vor unkundigen Behandelnden zu schützen. Im Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794 versuchte man dieses Ziel mit einem rigorosen Verbot der Ausübung der Heilkunde durch sog. gewerbsmäßige Kurfuscher zu erreichen.<sup>15</sup> In der Diskussion über die Einführung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 kam dann aber ein anderer Ansatz auf. Danach müsse es den Bürgern als Ausdruck ihrer Autonomie freistehen, bei wem sie sich behandeln lassen. Insofern sei eine grundsätzliche Kurierfreiheit von Nöten.<sup>16</sup> Allerdings könne der Staat dem Bürger eine Entscheidungshilfe an die Hand geben, indem er bestimmte Berufsbezeichnungen dadurch schützt, dass er sie nur denjenigen zugänglich macht, die sich einer staatlichen Überprüfung ihrer Fähig-

---

<sup>15</sup> Siehe hierzu 2. Teil, 20. Titel § 702 des Preussischen ALR: „Niemand soll, ohne vorher erhaltene Erlaubnis des Staats, aus der Cur der Wunden oder innerlichen Krankheiten, bey willkürlicher Geld- oder Gefängnißstrafe, ein Gewerbe machen.“ sowie § 199 Preussisches StGB vom 14.4.1851, einsehbar unter: [https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10395540\\_00075.html](https://reader.digitale-sammlungen.de/de/fs1/object/display/bsb10395540_00075.html) [zuletzt abgerufen am 28.2.2020]; Kubns, Das gesamte Recht der Heilberufe, I/263 mwN.; Daniels/Bulling, Einleitung BÄO, S. XXII.

<sup>16</sup> Daniels/Bulling, Einleitung BÄO, S. XXI f.

keiten unterzogen haben.<sup>17</sup> Daher wurde die Erlaubnispflichtigkeit der Ausübung ärztlicher Heilkunde als Arzt eingeführt und die entsprechende Erlaubnis als „Approbation“ bezeichnet, § 29 GewO 1869. Dieser Begriff hielt schon um 1800 Einzug in den deutschen Sprachgebrauch.<sup>18</sup> Er stammt vom lateinischen *approbare* und bedeutet so viel wie billigen oder zustimmen.<sup>19</sup> Approbation bezeichnet mithin das behördliche Einverständnis mit der Berufsaufnahme.<sup>20</sup>

Mit Erlass der Reichsärzteordnung von 1935<sup>21</sup> wurde das Berufszulassungsrecht der Ärzte aus der Gewerbeordnung entnommen und einer eigenständigen Regelung zugeführt. Dabei verwendete der nationalsozialistische Gesetzgeber allerdings den Begriff der „Bestallung“.<sup>22</sup> Dieser entstammt dem Beamtenrecht und bedeutet so viel wie Anstellung oder Bestellung im Sinne der Übertragung eines öffentlichen Amtes.<sup>23</sup> Streng genommen ist der Begriff der Approbation für die Bezeichnung der generellen Erlaubnis zur Heilkunde als Arzt zutreffender, da die ursprüngliche Bedeutung des Wortes Bestallung darin lag, ein bestimmtes Amt mit begrenztem Wirkungsbereich zu übertragen, wie man es heute beispielsweise bei der Ernennung von Amtsärzten kennt.<sup>24</sup> Damit aber ein solches spezielles Amt übertragen werden konnte, musste der Betreffende zunächst einmal überhaupt zur Ausübung der Heilkunde als Arzt zugelassen sein. Die speziellere Bestallung setzte also die generellere Approbation voraus.<sup>25</sup> Die begriffliche Genauigkeit fiel jedoch offenbar der Tendenz der Nationalsozialisten zum Opfer, Fremdwörter „einzudeutschen“.<sup>26</sup> 1961 wurde die Reichsärzteordnung durch die Bundesärzteordnung<sup>27</sup> abgelöst; an der Begrifflichkeit änderte sich aus pragmatischen Gründen<sup>28</sup> zunächst aber nichts. Erst mit dem Gesetz zur Änderung der Bundesärzteordnung von 1969<sup>29</sup> wurde der Begriff der Bestallung wieder durch den der Approbation ersetzt.<sup>30</sup>

Die völlige Kurierfreiheit wurde durch § 1 Abs. 1 des Heilpraktikergesetzes von 1939 wieder beseitigt. Danach erfordert nunmehr auch die Ausübung der

<sup>17</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXII.

<sup>18</sup> *Kubns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, I/262; *Schiny*, Einleitung BÄO S. 1. Die Ausführungen bei *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXIV legen eine noch weitergehende Rückdatierung der Bezeichnung nahe.

<sup>19</sup> *Saalfank/Frebse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 58.

<sup>20</sup> *Hofstetter*, Arztrecht, S. 18. *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 13 Rn. 19 (Fn. 64).

<sup>21</sup> Reichsärzteordnung vom 13.12.1935, RGBl I, S 1433.

<sup>22</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXV; *Schiny*, Einleitung BÄO S. 1.

<sup>23</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXIV; *Hofstetter*, Arztrecht, S. 18; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 13 Rn. 19 (Fn. 64).

<sup>24</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXV.

<sup>25</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXV.

<sup>26</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXV; *Schiny*, Einleitung BÄO S. 1.

<sup>27</sup> Bundesärzteordnung vom 2.10.1961, BGBl. I S. 1857.

<sup>28</sup> *Daniels/Bulling*, Einleitung BÄO, S. XXV.

<sup>29</sup> Gesetz zur Änderung der Bundesärzteordnung vom 28.8.1969, BGBl. S. 1509.

<sup>30</sup> Siehe Artikel 1 des Gesetzes zur Änderung der Bundesärzteordnung von 1969; falsch daher die Ausführungen bei *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 13 Rn.19.

Heilkunde ohne ärztliche Berufsbezeichnung eine Erlaubnis. Die Ausübung der Heilkunde ohne Approbation oder einer vergleichbaren Erlaubnis ist seitdem strafbar, § 5 HeilprG. Daneben ist aber auch der Ansatz erhalten geblieben, die Berufsbezeichnung zu schützen. Denn der Gesetzgeber der Bundesärztleitung hatte sich ebenfalls dazu entschlossen, die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ zunächst zu verbieten und sich vorbehalten, allen Personen eine Erlaubnis zur Berufsausübung zu erteilen, die nachweislich zur Ausübung des Arztberufes geeignet sind. Daher spricht man auch von einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>31</sup> Das unbefugte Führen der Berufsbezeichnung „Arzt“ ist gem. § 132a StGB ebenfalls mit Strafe bedroht.

Neben den Ärzten bedürfen auch Zahnärzte, Apotheker, nicht-ärztliche Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichen-Psychotherapeuten und Tierärzte zur Berufsausübung einer Approbation. Sie stellt einen statusbegründenden<sup>32</sup>, begünstigenden<sup>33</sup> Verwaltungsakt dar und ist nicht durch Auflagen oder Nebenbestimmungen einschränkbar<sup>34</sup>.

Die Approbation ist ferner von der vertragsärztlichen Zulassung zu unterscheiden. Diese ist erforderlich, um gesetzlich versicherte Patienten zu Lasten der Krankenversicherung ambulant behandeln zu können. Sie hängt aber neben der Approbation noch von zusätzlichen Voraussetzungen, insbesondere dem Status des Facharztes, ab, § 95a Abs. 1 Nr. 2 SGB V. Mit der Approbation erhält der Arzt daher nicht ohne weiteres auch die Möglichkeit, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen.<sup>35</sup>

## II. Verfassungsrechtliche Grundlagen

Die Beschränkung des Zugangs zum ärztlichen Beruf mittels eines Erlaubnisvorbehaltes in § 2 Abs. 1 BÄO stellt einen Eingriff mit subjektiv berufsregelnder Tendenz in den Schutzbereich der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG dar. Ein solcher bedarf der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

Dabei ist insbesondere die Frage virulent, ob das einschränkende Gesetz dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gerecht wird.<sup>36</sup> Dazu müsste der Gesetzgeber mit der Regelung ein legitimes Ziel verfolgt haben, zu dessen Erreichung die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen sein muss. Die Einschränkung des Zugangs zum Arztberuf in § 2 Abs. 1 BÄO dient letztlich dem Schutz der Gesundheit der

<sup>31</sup> Hofstetter, *Arztrecht*, S. 18.

<sup>32</sup> Nart/Haage, B-II 1 Rn. 1; Spickhoff/Eichelberger, § 2 PsychThG Rn. 3; vgl. auch VG München, BeckRS 2012, 47410 im Umkehrschluss.

<sup>33</sup> BVerwG, NJW 1998, 2756 (2757).

<sup>34</sup> BVerwGE 105, 214 (222); 108, 100 (104).

<sup>35</sup> Andreas/Dehong/Bruns, *Handbuch Arztrecht in der Praxis*, Rn. 37; Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, § 13 Rn. 20.

<sup>36</sup> Darüber hinaus sind das Bestimmtheitsgebot, das Rückwirkungsverbot sowie die Anforderungen des Art. 19 Abs. 1 und 2 GG zu beachten, siehe BeckOK GG/Ruffert, Art. 12 Rn. 86.

einzelnen Patienten und der Bevölkerung.<sup>37</sup> Um diesen zu gewährleisten, soll vermieden werden, dass Patienten von Personen behandelt werden, die nicht über die nötige Befähigung verfügen. Die Berufsbeschränkung durch das Erfordernis einer staatlichen Erlaubnis, die erst nach eingehender Prüfung der Geeignetheit des Behandelnden erfolgt, fördert diesen Zweck zumindest.<sup>38</sup> Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass ein Zuwiderhandeln gem. § 5 HeilprG strafbewährt ist. Die Strafandrohung wird den Betroffenen in den meisten Fällen davon abhalten, eine ärztliche Heilbehandlung ohne Approbation vorzunehmen.

Auch kommt kein milderes Mittel in Betracht, sodass die Berufsbeschränkung auch erforderlich ist.<sup>39</sup> Insbesondere würde es nicht ausreichen, zunächst einmal jedermann die Befugnis zur ärztlichen Heilbehandlung zu gewähren und im Einzelfall erst dann ein Verbot zu erteilen, wenn sich die fehlende Eignung des Betroffenen im Nachhinein herausstellt. Denn die Patientengefährdung ist in diesem Fall nicht mehr rückgängig zu machen, sodass ein nachträgliches Verbot kein gleich geeignetes Mittel darstellt, um den Patientenschutz zu verwirklichen.

Schließlich müssten die Regelungen der BÄO über den Zugang zum Arztberuf auch angemessen sein.<sup>40</sup> Dazu sind die widerstreitenden, verfassungsrechtlich geschützten Interessen gegeneinander abzuwiegen und im Sinne einer praktischen Konkordanz der Lösung zuzuführen, die beiden Positionen größtmögliche Geltung zuspricht.<sup>41</sup> Im Falle der Einschränkung des Zugangs zum Arztberuf stehen sich die Patientensicherheit und damit letztlich das Rechtsgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 GG und die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG gegenüber. Das Bundesverfassungsgericht wendet im Rahmen der Angemessenheitsprüfung die sogenannte Dreistufenlehre an.<sup>42</sup> Je nachdem, mit welcher Intensität die jeweilige Regelung in die Berufsfreiheit eingreift, werden bestimmte Anforderungen an die Rechtfertigung des Eingriffs gestellt. Betrifft die gesetzliche Regelung nur die erste Stufe (Berufsausübung), ist sie schon angemessen, wenn sie auf vernünftigen Erwägungen des Allgemeinwohls beruht. Zu einem Eingriff auf zweiter Stufe (subjektive Berufswahlregelung) muss die Vorschrift den Berufszugang von Kriterien abhängig machen, die in der Person des Betroffenen liegen.<sup>43</sup> Eine solche Regelung ist angemessen, wenn sie dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter dient. Ein Eingriff

---

<sup>37</sup> Vgl. BVerfGE 78, 179 (192); 108, 100 (105).

<sup>38</sup> Zur Definition der Geeignetheit siehe BVerfGE 25, 1 (17 f.); 30, 292 (316); 63, 88 (115); 67, 157 (175); 96, 10 (23); 103 293 (307); 116, 202 (224).

<sup>39</sup> Zum Begriff der Erforderlichkeit siehe BVerfGE 25, 1 (18); 30, 292 (316); 53, 135 (145); 63, 88 (115); 67, 157 (177); 116, 202 (225).

<sup>40</sup> BVerfGE 30, 292 (316 f.); 46, 120 (148); 85, 248 (261).

<sup>41</sup> BVerfGE 7, 377 (405); siehe auch *Kalenborn*, JA 2016, S. 6 (10); grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72 und 318.

<sup>42</sup> BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

<sup>43</sup> BVerfGE 9, 338 (345).



auf dritter Stufe (objektive Berufswahlregelung) ist angemessen, wenn vor einer konkreten Gefahr für ein überragendes Gemeinschaftsgut geschützt werden soll.

§ 2 BÄO macht den Zugang zum Arztberuf von einer behördlichen Erlaubnis abhängig. Diese knüpft an die Person des Antragsstellers an, sodass es sich um eine subjektive Berufswahlregelung und damit um einen Eingriff auf zweiter Stufe handelt. Da es sich bei dem Schutzgut der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung um ein wichtiges Gemeinschaftsgut handelt,<sup>44</sup> ist der Eingriff nach der Lehre des Bundesverfassungsgerichtes angemessen und daher verhältnismäßig.<sup>45</sup>

### III. Voraussetzungen für die Erteilung der Approbation<sup>46</sup>

Die Voraussetzungen der Approbationserteilung sind in § 3 BÄO geregelt, der die zentrale Norm des deutschen Approbationsrechts darstellt.<sup>47</sup> Wesentliches Kriterium ist danach der Ort der ärztlichen Ausbildung. Fand die Ausbildung in Deutschland statt, gelten allein die allgemeinen Voraussetzungen des Abs. 1 S. 1 Nr. 2–5. Danach ist einem in Deutschland ausgebildeten Mediziner die Approbation zu erteilen, wenn der Antragsteller sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht hat, aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergibt. Darüber hinaus muss er in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs geeignet sein. Außerdem werden besondere Anforderungen an Umfang und Qualität der Ausbildung gestellt und der Antragsteller muss die ärztliche Prüfung bestanden haben. Schließlich muss er über die für die Ausübung der Berufstätigkeit erforderlichen Kenntnisse der deutschen Sprache verfügen. Diese Grundvoraussetzungen müssen von jedem Antragsteller erfüllt werden, sie gelten mithin auch für solche mit ausländischem Medizinstudium.

Für ausländische Ausbildungsabschlüsse ist wiederum zu unterscheiden. Abschlüsse aus anderen EU- oder EWR-Staaten sowie der Schweiz werden bevorzugt behandelt, weil die Mediziner Ausbildung in diesen Staaten einem einheitlichen Standard unterliegt. Neben den genannten allgemeinen Erfordernissen sind hier zusätzlich die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 2 und des Abs. 2 BÄO zu beachten. Danach reicht es grundsätzlich aus, wenn der Antragsteller der Approbationsbehörde einen der darin genannten Ausbildungsnachweise vorlegt. Verfügt er nicht über einen solchen Nachweis besteht die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit der abgeschlossenen Ausbildung mit der deutschen Ausbildung nachzuweisen. Werden hierbei wesentliche Unterschiede festgestellt, kann der Antragsteller

---

<sup>44</sup> BVerfGE 7, 377 (415); 13, 97 (107); BVerfG, NJW 1988, 2290 unter I. 1. a.; BVerfG, GesR 2017, 739 (740); vgl. auch BVerfGE 9, 338 (346); ebenso BVerwGE 108, 100 (105).

<sup>45</sup> Die Verfassungsmäßigkeit des § 2 BÄO ist unbestritten, siehe *Daniels/Bulling*, § 2 BÄO Rn. 4

<sup>46</sup> Auf diese Voraussetzungen wird im Rahmen der Darstellung der Rücknahmevorschriften deziert eingegangen. Siehe hierzu unter § 2 I.

<sup>47</sup> Heidelberger Kommentar/*Haage*, Nr. 160 Rn. 8.

mittels einer Eignungsprüfung nachweisen, dass er sich trotz der Unterschiede in der Ausbildung für den Arztberuf eignet.

Für in Drittstaaten Ausgebildete ist Abs. 3 zu beachten. Sie müssen in jedem Fall den Nachweis der Gleichwertigkeit ihrer Ausbildung erbringen, eine Privilegierung findet angesichts der nicht vorhandenen, einheitlichen Ausbildungsstandards nicht statt. Auch in diesen Fällen kann eine fehlende Gleichwertigkeit mithilfe einer Prüfung überwunden werden.

Schließlich normieren die §§ 14 ff. BÄO Übergangsvorschriften, die durch die Deutsche Einheit, den Zerfall der Sowjetunion, der Tschechoslowakei und Jugoslawien, sowie dem Inkrafttreten der Richtlinie 2005/36/EG erforderlich geworden sind.

## IV. Anspruch auf Erteilung

Liegen die jeweiligen Voraussetzungen vor, hat der Antragssteller – egal welcher Staatsangehörigkeit – einen Anspruch auf Erteilung der Approbation. Es handelt sich mithin um eine gebundene Entscheidung der Behörde, § 3 Abs. 1 BÄO. Das war nicht immer so. Noch bis in das Jahr 2012 war der Anspruch nach § 3 Abs. 1 S. 1 BÄO a.F. nur Deutschen, Staatsangehörigen der übrigen EU-Mitgliedsstaaten, Staatsangehörigen von Mitgliedsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, heimatlosen Ausländern und Staatsangehörigen von Staaten, die mit der EU ein Assoziierungsabkommen auch mit Blick auf die Inländergleichbehandlung geschlossen haben, vorbehalten. Antragssteller, die nicht zu dieser privilegierten Gruppe gehörten, hatten daher auch bei Vorliegen der Approbationsvoraussetzungen nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde.

Mit dem Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen<sup>48</sup> hat der Gesetzgeber das Staatsangehörigkeitserfordernis abgeschafft. Damit ist der Berufszugang für Mediziner aus Drittstaaten erleichtert worden. Hintergrund war einerseits die Verbesserung der Integration von im Land lebenden Migranten und andererseits die Behebung des Fachkräftemangels.<sup>49</sup>

Dieser neue Ansatz wird in der Literatur kritisiert. So sieht *Haage* den richtigen Weg einer beruflichen Integration ausländischer Mediziner in der Möglichkeit einer vorübergehenden Berufserlaubnis, ohne dass gleich ein Anspruch auf Approbation besteht. Er problematisiert, dass ausländische Berufsangehörige mit dem allgemeinen Regel- und Rechtssystem Deutschlands nicht hinreichend vertraut sein könnten und dann eine Gefahr für die Patienten darstellen würden.<sup>50</sup>

---

<sup>48</sup> BGBl. 2011 I S. 2515.

<sup>49</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drucks 17/6260 S. 39.

<sup>50</sup> *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 3.

Dieser Einwand übersieht jedoch, dass die Regelungen der Approbationserteilung ein Korrektiv enthalten, welches einer pauschalen Einordnung von Drittstaatlern als „gefährlich“ für die Patienten vorzuziehen ist: Die Regelung des § 3 S. 1 Nr. 2 BÄO erlaubt eine differenzierte Bewertung der Geeignetheit des jeweiligen Antragsstellers für den Arztberuf. Für den sicherlich seltenen Fall einer möglichen Patientengefährdung wegen mangelnder Regel- und Rechtskenntnisse kommt dann eine Versagung der Approbation unter dem Gesichtspunkt der Unzuverlässigkeit in Betracht, § 3 Abs. 1 Nr. 2 BÄO. Darüber hinaus ist bei einem solchen Mangel an grundsätzlichen Kenntnissen der arztrechtlichen Regelungen in Zweifel zu ziehen, ob die geforderte Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes gewährleistet ist, § 3 Abs. 3 S. 1 BÄO.

Auch ist in solchen Fällen zweifelhaft, ob eine vorübergehende Berufserlaubnis eine Patientengefährdung verhindern kann, weil der Arzt auch in diesem Fall – je nach Ausgestaltung der Erlaubnis – Patienten behandelt und diese gefährden könnte.

*Haage* wendet ferner ein, dass die Zugangsbeschränkungen des deutschen Medizinstudiums bedeutungslos würden, wenn jeder abgelehnte Studienplatzbewerber oder endgültig durchgefallene Student in ein Drittland ausweichen kann und bei dortigem Erfolg einen Anspruch auf Approbation in Deutschland hat.<sup>51</sup> Dieses Argument wird jedoch schon durch den Umstand abgeschwächt, dass die deutschen Zugangsbeschränkungen in erster Linie aus der begrenzten Anzahl an Studienplätzen resultieren. Es wäre unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung sogar wünschenswert, wenn deutsche Staatsbürger sich in anderen Staaten ausbilden und dann als fertige Mediziner unproblematisch wieder in Deutschland arbeiten könnten. Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Betroffenen ist die Neuerung daher zu begrüßen, da sie geeignet ist, die durch das umstrittene NC-Verfahren<sup>52</sup> herbeigeführten Eingriffe in die Berufswahlfreiheit abzumildern. Außerdem erscheint es sinnwidrig, einem nachweislich geeigneten Mediziner die Approbation zu versagen, nur weil er das deutsche Studium ursprünglich nicht bestanden hatte. Denn mit dem als gleichwertig anerkannten ausländischen Berufsabschluss hat er nunmehr den Beweis erbracht, dass er den Anforderungen, die in Deutschland an einen Arzt gestellt werden, gerecht wird. Darüber hinaus war das bemängelte Vorgehen ohnehin auch schon nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 BÄO a.F. möglich, weil sich mit dem Auslandsstudium ja nichts an der Staatsangehörigkeit des Bewerbers geändert hat.

Die Kritik *Haages* verfängt somit aus zweierlei Gründen nicht. Der Wegfall des Staatsangehörigkeitserfordernisses ist positiv zu bewerten.

---

<sup>51</sup> Heidelberger Kommentar/*Haage*, Nr. 160 Rn. 25.

<sup>52</sup> Siehe hierzu auch die aktuelle Entscheidung in BVerfGE 147, 253.

## **V. Zusammenfassung**

Die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ unterliegt in Deutschland einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Approbationsbehörde muss dem Antragssteller die Erlaubnis erteilen, wenn dieser die notwendigen Voraussetzungen erfüllt. Für Antragssteller aus Deutschland ergeben sich diese aus § 3 Abs. 1 Nr. 2–5 BÄO. Wurde die medizinische Ausbildung in der EU, einem anderen EWR-Staat oder der Schweiz abgeschlossen, führt der Ausbildungsnachweis wegen des europäischen Anerkennungsmechanismus im Regelfall ohne weiteres zur Approbation. Ausnahmsweise kann aber auch eine Gleichwertigkeitsprüfung erforderlich sein. Kommt der Antragssteller aus einem Drittstaat, ist eine solche Gleichwertigkeitsprüfung demgegenüber in jedem Fall durchzuführen.

## § 2 Die Rücknahme der ärztlichen Approbation nach § 5 Abs. 1 BÄO

Die Rücknahme der ärztlichen Approbation ist das schärfste behördliche Aufsichtsmittel im ärztlichen Berufsrecht. Darüber hinaus hält die Bundesärzteordnung noch die Ruhensanordnung nach § 6 BÄO und den Widerruf nach § 5 Abs. 2 BÄO bereit. Die Rücknahme ist in § 5 Abs. 1 BÄO geregelt, der wie eingangs erwähnt eine Spezialnorm zu § 48 VwVfG darstellt.<sup>53</sup> Die BÄO regelt den Entzug der Approbation abschließend, auf die §§ 48, 49 VwVfG kann daher nicht zurückgegriffen werden.<sup>54</sup> Das bedeutet zum einen, dass nur die in der Norm aufgelisteten Gründe die Rücknahme nach sich ziehen können und nicht etwa ergänzend auf § 48 VwVfG abgestellt werden kann. So führen etwaige formelle Fehler der Approbationsbehörde bei Erteilung der Erlaubnis nicht zur Rücknahme.<sup>55</sup> Darüber hinaus ist auch die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG im Rahmen der BÄO unbeachtlich.<sup>56</sup>

---

<sup>53</sup> Haage, BÄO § 5, Rn. 1.

<sup>54</sup> Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Gesundheitswesen über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf einer Bundesärzteordnung, BT-Drucks. 3/2810, S. 2; BVerwGE 105, 214 (217 ff.); ebenso Saalfrank/Frehse/Kleinke, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 97.

<sup>55</sup> Gravierende Formfehler können aber zur Nichtigkeit nach § 44 VwVfG führen, siehe Schiny, § 3 BÄO Rn. 3.

<sup>56</sup> Ebenso BVerwGE 105, 214 (218).

Bekanntlich unterscheidet das allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Rücknahme und Widerruf, wobei zur Differenzierung auf die Rechtmäßigkeit des ursprünglichen Verwaltungsaktes abgestellt wird. Neben einer Darstellung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Rücknahme soll im Folgenden auch der Frage nachgegangen werden, ob dieses Kriterium auch im Rahmen der besonderen Rücknahmevorschrift der BÄO gilt: Kann die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannte Unterteilung hier ebenfalls vorgenommen werden, oder ist zur Unterscheidung von Rücknahme und Widerruf allein auf die Rechtsfolge abzustellen?

## I. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 5 Abs. 1 BÄO

Der Tatbestand der Rücknahme unterscheidet zunächst zwischen obligatorischen und fakultativen Rücknahmegründen. Von dieser Unterscheidung hängt es ab, ob sich die Rechtsfolge nach dem Ermessen der Approbationsbehörde richtet, oder eine gebundene Entscheidung darstellt.

### 1. Obligatorische Rücknahmegründe

Zunächst zählt das Gesetz Rücknahmegründe auf, bei deren Vorliegen der Entzug der Approbation nicht im Ermessen der Behörde steht, sondern zwingend erfolgen muss. Auf ein Verschulden des Betroffenen kommt es dabei nicht an.<sup>57</sup>

#### *a. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO – Deutscher Ausbildungsabschluss*

Die Approbation ist zunächst zurückzunehmen, wenn bei Erteilung die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO nicht vorgelegen haben. In dieser Vorschrift werden besondere Anforderungen an Umfang und Qualität der Ausbildung eines Antragstellers auf Approbation gestellt: Sie muss an einer wissenschaftlichen Hochschule stattgefunden haben und mindestens 5500 Stunden sowie mindestens sechs Jahre gedauert haben. Von diesen sechs Jahren müssen acht bis zwölf Monate auf eine praktische Ausbildung in Krankenhäusern oder anderen geeigneten Einrichtungen entfallen. Außerdem muss der Antragsteller die ärztliche Prüfung bestanden haben.

Hat der Behandelnde entweder die ärztliche Prüfung in Deutschland nicht bestanden, oder erfüllt sein Studium der Medizin nicht die genannten Anforderungen, hat eine Rücknahme zwingend zu erfolgen.

---

<sup>57</sup> Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 7.

*b. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5 bis Var. 8 BÄO – Ausländische Ausbildungsabschlüsse*

Die Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5–8 BÄO betreffen Approbationen, die auf Grundlage von Ausbildungen in EU-Mitgliedsstaaten oder EWR-Vertragsstaaten, der Schweiz sowie von Ausbildungen in Drittstaaten erteilt wurden.

aa. Hintergrund: Die Approbationserteilung bei ausländischen Ausbildungsabschlüssen nach § 3 Abs. 1 S. 2, S. 6, Abs. 2 und Abs. 3 BÄO

Hat ein Antragssteller seine medizinische Ausbildung im Ausland genossen, sind neben den allgemeinen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2–5 BÄO die zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 BÄO zu beachten. Der wichtigste Anknüpfungspunkt für die weiteren Regelungen der Vorschrift ist die Frage, welche ausländischen Ausbildungen der deutschen Medizinerbildung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO und § 4 BÄO iVm. der ÄApprO<sup>58</sup> gleichgestellt werden.

Privilegiert sind dabei Ausbildungen in anderen EU- oder EWR-Staaten. Der Grund für die Privilegierung liegt in der Vereinheitlichung der medizinischen Ausbildung auf europäischer Ebene, die 1975 mit den Richtlinien 75/362/EWG und 75/363/EWG angestoßen wurde und in deren Folge in anderen Mitgliedsstaaten ausgebildete Ärzte als ebenso qualifiziert gelten wie in Deutschland ausgebildete Mediziner.<sup>59</sup> Mit der Richtlinie 75/363/EWG wurde zunächst eine Harmonisierung auf dem Gebiet der Medizinerbildung in allen Mitgliedsstaaten bezweckt, indem einheitliche Vorgaben hinsichtlich der Ausbildung eingeführt wurden.<sup>60</sup> Daneben erfolgte die Einführung eines europäischen Anerkennungsmechanismus, nach dem Ausbildungsnachweise aus anderen Mitgliedsstaaten automatisch und unbedingt anerkannt werden, die den nunmehr einheitlichen europäischen Anforderungen an die Medizinerbildung entsprechen.<sup>61</sup> Die Richtlinien von 1975 wurden 1993 in der Freizügigkeitsrichtlinie für Ärzte zusammengefasst.<sup>62</sup> Da nicht nur der Zugang zum Arztberuf europaweit einheitlich geregelt werden sollte, gab es neben der Freizügigkeitsrichtlinie für Ärzte noch weitere Richtlinien, die den Zugang zu bestimmten Berufen, wie beispielsweise den des Architekten harmonisieren sollten.<sup>63</sup> Diese Einzelrichtlinien wurden 2005 wiederum in der Berufsanerkennungsrichtlinie<sup>64</sup> zusammengefasst. Der europäische

---

<sup>58</sup> Approbationsordnung für Ärzte vom 27. Juni 2002 (BGBl. I S. 2405), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2581) geändert worden ist.

<sup>59</sup> *Godry*, MedR 2001, S. 348.

<sup>60</sup> Art. 1 RL 75/363/EWG.

<sup>61</sup> Art. 2 RL 75/362/EWG.

<sup>62</sup> Siehe Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 93/16/EWG des Rates v. 5. 4. 1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise (Abl. L 165/1 v. 7. 7. 1993).

<sup>63</sup> Siehe zu den einzelnen Richtlinien Erwägungsgrund 9 RL 2005/36/EG.

<sup>64</sup> Richtlinie 2005/36/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen. Zuletzt geändert durch Richtlinie 2013/55/EU des

Anerkennungsmechanismus ist daher nunmehr in Art. 21 RL 255/36/EG geregelt, die einheitlichen Anforderungen an die ärztliche Berufsausbildung finden sich in Art. 24 RL 2005/EG.

In Umsetzung dieser europäischen Vorgaben hat der deutsche Gesetzgeber den Anerkennungsmechanismus in § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO geregelt.

(1) Ausbildung in einem anderen EU-Mitgliedsstaat, einem anderen EWR-Staat oder der Schweiz

Hat der Mediziner seine Ausbildung also in einem anderen EU-Mitgliedsstaat oder einem anderen EWR-Staat abgeschlossen, wird diese nach dem europäischen Anerkennungsmechanismus der deutschen Ausbildung gleichgestellt, wenn sie durch ein entsprechendes Dokument nachgewiesen werden kann, § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO. Ausbildungsnachweise von EU-Mitgliedsstaaten und anderen Ländern aus dem europäischen Wirtschaftsraum werden ohne weitere inhaltliche Prüfung in Deutschland anerkannt. Legt der Antragssteller also ein solches Dokument vor und sind die allgemeinen Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2–5 BÄO erfüllt, wird er ohne weiteres approbiert.<sup>65</sup>

Dies gilt auch, wenn der den Ausbildungsnachweis erbringende Staat zwar nicht Mitglied der EU oder des EWR ist, aber diesbezüglich ein zwischenstaatlicher Vertrag zwischen Deutschland sowie der EU oder dem EWR und dem Herkunftsstaat besteht, § 3 Abs. 1 S. 4 BÄO. Ein solcher besteht insbesondere mit der Schweiz, die in der Folgevorschrift des § 3 Abs. 2 S. 1 sogar ausdrücklich genannt wird.

(a) Europäischer Berufsausweis

Mit Blick auf die erforderlichen Dokumente ist insbesondere der Europäische Berufsausweis zu nennen.<sup>66</sup> Mit dessen Einführung wird das Ziel verfolgt, das Anerkennungsverfahren für Berufsqualifikationen im europäischen Binnenmarkt zu erleichtern.<sup>67</sup> Die diesbezüglichen europarechtlichen Vorgaben entspringen

---

europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarktinformationssystems („IMI-Verordnung“).

<sup>65</sup> Ebenso Heidelberg Kommentar/*Haage*, Nr. 160 Rn. 54.

<sup>66</sup> Neben dem Europäischen Berufsausweis enthält die Anlage der BÄO eine Tabelle, in der Ausbildungsnachweise aus anderen EU- oder EWR-Vertragsstaaten aufgeführt sind. Auch bei Vorlage eines in der Anlage genannten Dokumentes wird die ausländische Ausbildung als solche im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO behandelt. Verfügt der Antragssteller nicht über einen in der Tabelle genannten Nachweis, ermöglicht § 3 Abs. 1 S. 6 BÄO die Vorlage einer Konformitätsbescheinigung der zuständigen Stelle seines Mitgliedsstaates, aus der hervorgeht, dass die Ausbildung den Mindestanforderungen des Art. 24 RL 2005/36/EG entspricht.

<sup>67</sup> Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2013/55/EU; kritisch hierzu Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 13.7.2015 zum Referentenentwurf des BMG, S. 3, wonach zweifelhaft ist, dass sich durch Einführung des Europäischen Berufsausweises ein erheblicher Minderaufwand in den Auf-



Art. 4a bis 4f der RL 2013/55/EU, die mit Gesetz vom 18.02.2016<sup>68</sup> in der BÄO umgesetzt wurde. Das erforderliche Verfahren zur Erlangung des Ausweises erfolgt online. Zunächst werden die relevanten Unterlagen durch den Antragssteller der zuständigen Behörde in seinem Herkunftsland zugeleitet, wo sie nach einer Überprüfung von Echtheit und Gültigkeit in das *Internal Market Information System* (IMI) eingestellt werden.<sup>69</sup> Sodann wird die zuständige Behörde im Aufnahmestaat tätig, die die Gleichwertigkeit der beruflichen Qualifikation anhand der eingereichten Unterlagen feststellt.

#### (b) Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes

Verfügt der Antragssteller nicht über ein entsprechendes Dokument, muss er nach § 3 Abs. 2 S. 1 BÄO die Gleichwertigkeit seines Ausbildungsstandes mit Blick auf die deutsche Ausbildung nachweisen. Hintergrund der Vorschrift ist der Patientenschutz und die Qualitätssicherung der Heilbehandlung in Deutschland.<sup>70</sup>

Der wichtigste Anwendungsbereich der Gleichwertigkeitsprüfung liegt in der Anerkennung von Ausbildungen aus Drittstaaten. Hierzu verweist § 3 Abs. 3 S. 2 BÄO auf die Regelungen des § 3 Abs. 2 S. 2–6 sowie S. 8 BÄO. Die folgenden Ausführungen gelten deshalb auch für Antragssteller mit Drittstaatsdiplomen, auf die in der Folge aber noch näher eingegangen wird.<sup>71</sup>

Die Gleichwertigkeit ist gegeben, wenn keine wesentlichen Unterschiede gegenüber der deutschen Ausbildung bestehen (S. 2). Die Regelung deckt sich damit auf den ersten Blick mit der früheren Rechtsprechung des BVerwG, wonach die Gleichwertigkeit aus einer objektiven Perspektive heraus zu bestimmen war.<sup>72</sup> Begründet wurde diese Auffassung mit dem Wortlaut des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BÄO aF<sup>73</sup>:

*„Wären die individuellen Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Antragstellers und nicht ausschließlich die objektiven Umstände des jeweiligen Ausbildungsganges Gegenstand des Gleichwertigkeitsvergleiches, so hätte in § 3 II 1 Nr. 1 BÄO nicht von ‚Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes‘ die Rede sein dürfen, sondern von der ‚Gleichwertigkeit des Kenntnisstandes‘, nämlich davon, daß die Kenntnisse, Fähigkeiten*

---

nahmemitgliedsstaaten erwarten lässt, da sich die zuständigen Behörden im Interesse der Patientensicherheit nicht auf eine oberflächliche Sichtung der im Europäischen Berufsausweis enthaltenen Dokumente beschränken können.

<sup>68</sup> Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2013/55/EU zur Änderung der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen und der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012 über die Verwaltungszusammenarbeit mit Hilfe des Binnenmarkt-Informationssystems („IMI-Verordnung“) für bundesrechtlich geregelte Heilberufe und andere Berufe vom 18.04.2016, BGBl I S. 886.

<sup>69</sup> Art. 4b der RL 2005/36/EG.

<sup>70</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 22; umfassend kritisch gegenüber der gesetzlichen Systematik: Narr/*Haage*, B-II 1 Rn. 24 ff., wonach § 3 Abs. 2 BÄO letztlich keinen Anwendungsfall habe.

<sup>71</sup> Siehe unter § 2 I. 1. c. aa. (2).

<sup>72</sup> BVerwGE 92, 88; 98, 180 (182 f.); 102, 44 (46) (betrifft die Parallelvorschrift im ZHG).

<sup>73</sup> Geändert am 01.04.2012 durch Artikel 29 G. v. 06.12.2011, BGBl. I S. 2515.

*und Fertigkeiten des Antragstellers denen eines in der Bundesrepublik ausgebildeten Arztes zu entsprechen bzw. ihnen gleichwertig zu sein hätten.*<sup>74</sup>

Die Frage der Gleichwertigkeit nach § 3 Abs. 2 S. 2 BÄO ist auch heute noch zunächst aufgrund objektiver Umstände zu entscheiden. Allerdings enthält die Regelung nunmehr darüber hinaus ausdrücklich auch subjektive Ansätze.<sup>75</sup> So können die objektiv vorhandenen wesentlichen Unterschiede im Einzelfall durch Berufs- oder Lebenserfahrung ausgeglichen sein (S. 5). Ferner kann der Mediziner seine Kenntnisse mittels einer Eignungsprüfung nachweisen (S. 7). Daraus ergibt sich letztlich eine kaskadenähnliche Prüfung der Gleichwertigkeit, wobei der Aufwand für die beurteilende Behörde mit jeder Stufe größer wird. Zunächst erfolgt eine rein objektive Überprüfung der Ausbildung, indem die Ausbildungsinhalte mit den Referenzinhalten einer deutschen Ausbildung verglichen werden. Werden hier wesentliche Unterschiede festgestellt, erfolgt eine abstrakte subjektive Gleichwertigkeitsprüfung, in der der Ausgleich wesentlicher Unterschiede im Einzelfall anhand von eingereichten Dokumenten nachgewiesen wird. Ergibt diese, dass wesentliche Unterschiede nicht ausgeglichen wurden, erfolgt schließlich eine konkrete Prüfung des Kenntnisstandes des Antragenden.

#### (aa) Wesentliche Unterschiede in der Ausbildung

Wesentliche Unterschiede liegen einerseits vor, wenn die Unterschiede sich auf Fächer beziehen, die sich wesentlich von der deutschen Ausbildung unterscheiden, S. 3 Nr. 1. Dabei geht es um Fächer, in denen Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden, die wesentliche Voraussetzung für den ärztlichen Beruf sind. Hierzu kann man darauf abstellen, ob fehlende Kenntnisse in einem Bereich ernsthafte Gefahren für die Gesundheit der Patienten begründen würden.<sup>76</sup> Das ist beispielsweise in Kernfächern wie der inneren Medizin oder Chirurgie, der allgemeinmedizinischen Versorgung und fehlendem Verständnis von Krankheiten der Fall.<sup>77</sup> Demgegenüber sind solche Gefahren bei fehlenden Kenntnissen im Bereich des Medizinrechts oder der medizinischen Ethik eher nicht zu befürchten. Das gilt für das Medizinrecht schon vor dem Hintergrund, dass in ausländischen Studiengängen natürlich keine Inhalte des deutschen Medizinrechts gelehrt werden. Würde man hierin einen wesentlichen Unterschied sehen, müssten zwangsläufig alle ausländischen Abschlüsse einen wesentlichen Unterschied zur deutschen Ausbildung aufweisen. Das ist aber erkennbar nicht der Fall.

<sup>74</sup> BVerwGE 92, 88 (94).

<sup>75</sup> So auch schon vor der gesetzlichen Neuregelung: OVG Münster, Urteil vom 11. Mai 2000 – 13 A 2563/97 –, juris Rn. 28 (zur Parallelnorm im ZHG und nicht entscheidungserheblich); auch das BVerwG selbst legte eine gesetzliche Regelung zur Berücksichtigung subjektiver Elemente nah, siehe BVerwGE 102, 44 (46); ebenso für eine Neuregelung unter Berücksichtigung subjektiver Elemente waren: *Haage*, MedR 1996, S. 121 (123); *Godry*, MedR 2001, S. 348 (353); *Bonnie*, MedR 2002, S. 338; ebenso nunmehr auch das BVerwG, MedR 2009, 415 (417) mit Anm. *Brehm*.

<sup>76</sup> OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 29 (zur Parallelregelung im ZHG).

<sup>77</sup> OVG Münster, BeckRS 2017, 104155 Rn. 83.

Fehlende Kenntnisse in diesem Bereich würden dann in jedem Fall zu einem wesentlichen Unterschied in der Ausbildung führen. Diese Fächer dürfen inhaltlich nicht wesentlich von der deutschen Ausbildung abweichen (S. 4). So liegen wesentliche Unterschiede vor, wenn nach der ausländischen Ausbildungsordnung zwar das Fach Chirurgie unterrichtet wird, die Inhalte sich aber stark von den in Deutschland gelehrteten Inhalten unterscheiden.

Nach S. 3 Nr. 2 liegen ferner wesentliche Unterschiede gegenüber dem deutschen Medizinstudium vor, wenn in dem Ausbildungsland Fächer nicht unterrichtet werden, die in der deutschen Ausbildung zum Standard gehören. Eine inhaltliche Überprüfung muss dann schon gar nicht vorgenommen werden, weil die entsprechenden Fächer im Ausland gar nicht gelehrt werden. Beispielsweise könnte in einem Herkunftsstaat die Kinderheilkunde nicht Bestandteil des ärztlichen Berufsbildes sein, in Deutschland ist sie es aber. Der wesentliche Unterschied bestünde dann darin, dass die dortige Ausbildung keine Fächer enthält, die sich mit Kinderheilkunde befassen.<sup>78</sup>

Zur Feststellung wesentlicher Unterschiede nach S. 3 Nr. 1 und 2 vergleicht die zuständige Behörde also die ausländische Ausbildung mit dem deutschen Standard in inhaltlicher Hinsicht. Vergleichsparameter sind der Fächerkatalog und die in den Fächern vermittelten Lehrinhalte, aber auch die fachliche und pädagogische Eignung des Lehrpersonals, die Lehrveranstaltungen und das Prüfungswesen.<sup>79</sup> So hat das Oberverwaltungsgericht Münster ein Prüfungssystem nicht als gleichwertig erachtet, bei dem der Prüfungsstoff durch Semesterabschlussprüfungen abgeschichtet wurde, anstatt eine umfassende Abschlussprüfung vorzunehmen.<sup>80</sup> Darüber hinaus unterschied sich auch der Fächerkatalog deutlich von den in Deutschland gelehrteten Inhalten.<sup>81</sup>

Problematisch ist, ob eine inhaltliche Abweichung auch schon vorliegt, wenn sich die Ausbildungsdauer eines Faches deutlich von der nach deutschem Recht unterscheidet. Zwar liegt es auf der Hand, dass sich auch der Zeitraum der Ausbildung auf die inhaltliche Qualität auswirkt.<sup>82</sup> Trotzdem spreche die Genese der Vorschrift gegen die Berücksichtigung des Zeitraums, weil der Gesetzgeber<sup>83</sup> den zeitlichen Aspekt als Unterscheidungskriterium gerade gestrichen habe.<sup>84</sup>

Dem ist zu widersprechen. Unter Berücksichtigung von grammatischer und teleologischer Auslegung der Norm ist die zeitliche Komponente weiterhin zu berücksichtigen. Zwar spricht die Vorschrift nur von „*wesentlichen Abweichungen hin-*

<sup>78</sup> Beispiel entnommen aus: Heidelberger Kommentar/*Haage*, Nr. 2225 Rn. 28.

<sup>79</sup> *Godry*, MedR 2001, S. 348 (350 f.).

<sup>80</sup> OVG Münster, Urteil vom 11. Mai 2000 – 13 A 2563/97 –, juris Rn. 26.

<sup>81</sup> OVG Münster, Urteil vom 11. Mai 2000 – 13 A 2563/97 –, juris Rn. 25.

<sup>82</sup> So Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 24; *Haage*, § 3 BÄO Rn. 23.

<sup>83</sup> Siehe hierzu die Regierungsbegründung in BT-Drucks 493/15 S. 119. Die Regelung geht auf Art. 14 Abs. 4 RL 2013/55/EU zurück, wo der noch in Art. 14 Abs. 4 RL 2005/36/EG enthaltene Begriff der Dauer nicht mehr erwähnt wird; kritisch hierzu schon *Haage*, MedR 2014, S. 469 (473).

<sup>84</sup> So *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 23; ähnlich auch *Haage*, MedR 2015, S. 655 (656).

*sichtlich des Inhalts*“. Hierfür reicht es aber auch aus, wenn der zeitliche Unterschied in der Ausbildung sich mittelbar auf ihren Inhalt auswirkt.<sup>85</sup> Der Wortsinn ist insoweit nicht zwingend. Diese Auffassung wird durch teleologische Erwägungen gestützt. Es würde dem Patientenschutz massiv zuwiderlaufen, wenn ein ausländischer Bewerber approbiert würde, obwohl er beispielsweise das Kernfach der Chirurgie nur crashkursartig erlernt hat, wohingegen nach deutschem Recht mehrere hundert Stunden vorgesehen sind. Eine europarechtskonforme Auslegung der Regelung, die die RL 2013/55/EG im deutschen Recht umsetzen soll, verstärkt dieses Argument. Nach Erwägungsgrund 18 der RL 2013/55/EG sollen die Änderungen gerade kein Herabsinken des Schutzniveaus für Patienten nach sich ziehen. Ein solches liegt aber vor, wenn man die zeitliche Komponente aus der Betrachtung ausklammert. Eine inhaltliche Abweichung kann sich daher auch schon aufgrund zu kurzer Ausbildungsdauer ergeben.

#### (bb) Erwerb von Kenntnissen in der ärztlichen Berufspraxis und lebenslanges Lernen

Sind wesentliche Unterschiede zwischen der im Ausland genossenen Ausbildung und der deutschen Ausbildung zu bejahen, kann der Antragssteller trotzdem noch eine Approbation erlangen. Denn die wesentlichen Unterschiede können durch Kenntnisse oder Fähigkeiten ausgeglichen werden, die der Antragssteller im Rahmen seiner ärztlichen Berufspraxis oder durch lebenslanges Lernen erworben hat (Abs. 2 S. 5).<sup>86</sup> Die Behörde muss also jeweils am Einzelfall überprüfen, ob der Antragssteller die wesentlichen Unterschiede in der Ausbildung ausgeglichen hat.<sup>87</sup>

Unter ärztlicher Berufspraxis versteht die Vorschrift unter Berücksichtigung der RL 2005/36/EG jede tatsächliche und rechtmäßige Ausübung des Arztberufs.<sup>88</sup> Darunter fallen auch Kenntnisse, die im Rahmen einer ärztlichen Tätigkeit aufgrund Erlaubnis nach § 10 BÄO erlangt wurden.<sup>89</sup> Ob der Mediziner in Voll- oder Teilzeit gearbeitet hat, ist irrelevant.

Unter lebenslangem Lernen versteht die RL 2005/36/EG nach Art. 3 Abs. 1 l

*„jegliche Aktivitäten der allgemeinen Bildung, beruflichen Bildung, nicht formalen Bildung und des informellen Lernens während des gesamten Lebens, aus denen sich eine Verbesserung von Kenntnissen, Fähigkeiten und Kompetenzen ergibt und zu denen auch Berufsethik gehören kann.“*

<sup>85</sup> OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 25; OVG Münster, BeckRS 2017, 104155 Rn. 51 f.; VG Köln, BeckRS 2016, 54769 wonach der Faktor Zeit jedenfalls einen Rückschluss auf den Inhalt der Ausbildung zulässt, wenn dieser weniger als 60% der Stundenzahlen einer deutschen Ausbildung beträgt; VG Köln, BeckRS 2017, 123299 Rn. 23; ferner schon in diesem Sinne BVerwGE 92, 88; ebenso Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 24.

<sup>86</sup> Die Regelung setzt Vorgaben des Europäischen Gerichtshofes um, siehe EuGH, Rs. C-238/98 Hocsmann Rn. 40; Rs. C-31/00 Dreessen S. I - 689.

<sup>87</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 25.

<sup>88</sup> Art. 3 Abs. 1 f) RL 2005/36/EG.

<sup>89</sup> VG Aachen, BeckRS 2017, 139314 Rn. 45 (zur Parallelvorschrift im ZHG).

Erfasst ist mithin jede Art von Bildung, beispielsweise durch Fortbildungskurse<sup>90</sup> oder Hospitationen<sup>91</sup>. Teilweise werden auch schon ganz allgemeine Erfahrungen darunter gefasst, die keinen besonderen Bildungsaspekt aufweisen.<sup>92</sup> Eine abgeschlossene Prüfung kann zu einer höheren Gewichtung der durch lebenslanges Lernen erworbenen Fähigkeiten führen,<sup>93</sup> ist aber keine Voraussetzung für die Berücksichtigung der Qualifikation.<sup>94</sup>

Die Relevanz der allgemeinen Lebenserfahrung dürfte sich allerdings, auch wenn man sie unter den Begriff des lebenslangen Lernens fasst, in Grenzen halten. Denn lebenslanges Lernen kann einen wesentlichen Ausbildungsunterschied nur dann ausgleichen, wenn die daraus resultierenden Kenntnisse im Herkunftsstaat von einer zuständigen Stelle formell als gültig anerkannt sind (S. 5). Wie ein solches, die allgemeine Lebenserfahrung nachweisendes Anerkenntnis aussehen soll, ist ob deren mangelnder Messbarkeit aber unklar. Ohnehin erscheint es schwierig zu bemessen, inwieweit auch durch ein Anerkenntnis nachgewiesenes lebenslanges Lernen geeignet ist, einen wesentlichen Unterschied in der Ausbildung auszugleichen.<sup>95</sup>

Die Möglichkeit des Ausgleichs wesentlicher Unterschiede durch Berufspraxis oder lebenslanges Lernen ist auf solche Fächer begrenzt, die überhaupt Gegenstand der Ausbildung des Antragsstellers waren. Ist in einem bestimmten Fach hingegen keine Ausbildung erfolgt, kann dieser Mangel später nicht mehr ausgeglichen werden.<sup>96</sup>

Hat der Mediziner dagegen eine Ausbildung in dem betreffenden Fach genossen und ergeben sich trotzdem noch wesentliche Unterschiede, so ist keine Herstellung einer vollständigen Gleichheit des Ausbildungsstandes erforderlich. Es reicht aus, wenn das ursprüngliche Defizit derart reduziert ist, dass wesentliche Unterschiede nicht mehr bestehen.<sup>97</sup>

Auch nimmt die Gewichtung der jeweiligen Ausgleichsmöglichkeit mit der Zeit ab. Je länger beispielsweise die beruflichen Erfahrungen eines Mediziners zurückliegen, desto weniger sind sie geeignet, wesentliche Unterschiede in der Ausbildung auszugleichen.<sup>98</sup>

---

<sup>90</sup> OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 12.

<sup>91</sup> VG Köln, BeckRS 2017, 123299 Rn. 34.

<sup>92</sup> Kritisch hierzu *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 24; ebenfalls kritisch gegenüber der Feststellbarkeit des Grades der Lebenserfahrung *Spickhoff/Schelling*, § 3 BÄO Rn. 25.

<sup>93</sup> VG Aachen, BeckRS 2017, 139314 Rn. 45.

<sup>94</sup> OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 45.

<sup>95</sup> *Spickhoff/Schelling*, § 3 BÄO Rn. 25; *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 24.

<sup>96</sup> VG Köln, BeckRS 2016, 54769.

<sup>97</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2014, 49983; VG Aachen, BeckRS 2017, 139314 Rn. 52; vgl. ferner Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drs. 17/6260, S. 40.

<sup>98</sup> OVG Münster, BeckRS 2017, 104155 Rn. 94; ebenso *Spickhoff/Schelling*, § 3 BÄO Rn. 25.

### (cc) Eignungsprüfung

Sind wesentliche Unterschiede in der Ausbildung festgestellt und können diese auch nicht durch Berufserfahrung ausgeglichen werden, kann der Antragssteller mittels einer solchen Eignungsprüfung nachweisen, dass er dennoch über die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, die ihn zur Ausübung des Arztberufes befähigen (S. 7). Die Prüfung hat dabei nur die defizitären Bereiche zum Gegenstand, in denen wesentliche Unterschiede zu der deutschen Ausbildung festgestellt wurden.<sup>99</sup> Es ist dabei zu berücksichtigen, dass die Möglichkeit der Kompensation durch Berufserfahrung bzw. lebenslanges Lernen die wesentlichen Unterschiede in einzelnen Fällen auch nur zum Teil ausgleichen können. Auch die durch Berufserfahrung oder lebenslanges Lernen kompensierten Bereiche sind von der Prüfung auszunehmen, nur die übriggebliebenen Defizite sind abzutesten.<sup>100</sup> Die Durchführung der Prüfung ist in § 36 ÄApprO<sup>101</sup> geregelt. Sie erfolgt als mündlich-praktische Prüfung mit Patientenvorstellung, muss mindestens 30 und darf höchstens 90 Minuten pro Prüfling betragen. Da sich die Defizite von Prüfling zu Prüfling unterscheiden werden, findet regelmäßig eine Einzelprüfung statt.<sup>102</sup>

### (dd) Erforderliche Unterlagen

Um der Approbationsbehörde die Überprüfung zu ermöglichen, ob wesentliche Unterschiede in der Ausbildung vorliegen, muss der Antragssteller nach § 3 Abs. 6 Nr. 6 BÄO sämtliche aussagekräftigen Unterlagen vorlegen, die Aufschluss über den Ausbildungsstoff geben. Dabei kann er auch eigene Erläuterungen oder Bekundungen hinzufügen.<sup>103</sup> War ein Mediziner in seinem Heimatland selbstständig tätig, wird er kaum Arbeitszeugnisse vorweisen können. In diesen Fällen kann auch schon ein plausibler Sachvortrag ausreichend sein.<sup>104</sup> Im betreffenden Fall hatte die Betroffene nachweislich und unbestritten über Jahre hinweg den zahnärztlichen Beruf in der Sowjetunion ausgeübt. Insoweit hielt es das Gericht für glaubhaft, dass ihre Berufstätigkeit auch die in Rede stehenden prothetischen Arbeiten beinhaltet hat, zumal sie glaubhaft eine Zusammenarbeit mit einem zahn-technischen Labor schildern konnte.

Nachweisschwierigkeiten dürfen andererseits nicht dazu führen, dass die Behörde sich auf unstimmige Angaben verlässt oder nicht zu validierende Angaben des Antragsstellers ausreichen lässt, um einen gleichwertigen Ausbildungsstand

<sup>99</sup> VG Düsseldorf, BeckRS 2012, 60357; kritisch hierzu *Haage*, MedR 2013, S. 779 (781).

<sup>100</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 28; *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 26; die Regelung geht auf ein Beschwerdeverfahren der Europäischen Kommission zurück, siehe *Haage*, MedR 2008, S. 70 (74).

<sup>101</sup> Approbationsordnung für Ärzte vom 27. Juni 2002 (BGBl. I S. 2405), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2581) geändert worden ist.

<sup>102</sup> *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 28; *Haage*, MedR 2013, S. 779 (781).

<sup>103</sup> VG Aachen, BeckRS 2017, 139314 Rn. 46 (für die Parallelvorschrift im ZHG); unter Verweis auf die allgemeineren Ausführungen in BVerwG, BeckRS 2017, 117186 Rn. 6.

<sup>104</sup> OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 40.

anzunehmen. Bei begründeten Zweifeln hat die Behörde daher immer eine Eignungs- beziehungsweise Kenntnisprüfung anzuordnen.<sup>105</sup>

Für die Richtigkeit ausgestellter Dokumente ist der Antragssteller selbst verantwortlich. Er kann daher fehlerhafte Angaben nicht damit rechtfertigen, dass es beispielsweise in seinem Heimatland häufig zu Fehlern bei der Ausstellung von Nachweisen komme.<sup>106</sup> Wegen der schwierigen Nachweisbarkeit der Qualifikation eines Antragsstellers bedient sich die Behörde zum Teil externer Gutachter,<sup>107</sup> bei komplexen Fragestellungen besteht sogar eine diesbezügliche Pflicht.<sup>108</sup>

### (ee) Entscheidungsfrist

Liegen der Behörde alle erforderlichen Unterlagen vor, hat sie vier Monate Zeit, die Gleichwertigkeitsprüfung abzuschließen und dem Antragssteller das Resultat mitzuteilen, § 3 Abs. 2 S. 8 BÄO.

Hält die Behörde diese Frist nicht ein, kann der Antragssteller eine Entscheidung im Rechtsbehelfsverfahren erzwingen. In Betracht kommt hier zunächst eine Verpflichtungsklage im Gewand einer Untätigkeitsklage nach § 42 Abs. 1 Var. 3 VwGO,<sup>109</sup> da es sich bei dem Bescheid über die Gleichwertigkeit jedenfalls um einen formellen Verwaltungsakt handelt.<sup>110</sup> Dafür spricht zunächst die Formulierung in § 3 Abs. 2 S. 8 BÄO, wo von einem „rechtsmittelfähigen Bescheid“ die Rede ist. Ferner wird der betreffende Bescheid auch in der Praxis mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen.<sup>111</sup> Da es sich bei der Gleichwertigkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt,<sup>112</sup> kann das Verwaltungsgericht eine eigene Überprüfung anhand der eingereichten Unterlagen vornehmen und im Falle der Feststellung der Gleichwertigkeit mit einem Vornahmeurteil anordnen, dass die Approbationsbehörde den positiven Bescheid erteilen muss.

*Haage* hält die Entscheidungsfrist von vier Monaten für zu kurz. Er befürchtet, dass die Behörde in komplexen Fällen mit schwieriger Beweislage eine erforderliche Eignungsprüfung entfallen lässt oder diese zumindest thematisch stark beschränkt, um eine rechtliche Überprüfung der Entscheidung zu vermeiden.<sup>113</sup> Das sei jedenfalls bei Bewerbern aus Drittstaaten zu befürchten, für die die Frist nach § 3 Abs. 3 S. 2 BÄO entsprechend gilt und bei denen die Beschaffung von Informationen aus dem Ausbildungsstaat unter Umständen schwerfallen kann.<sup>114</sup>

---

<sup>105</sup> VG Köln, BeckRS 2016, 54769.

<sup>106</sup> VG Köln, BeckRS 2016, 54769.

<sup>107</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 26.

<sup>108</sup> BVerwG, NJW 2002, 455 unter II. 1.; NJW 2009, 867 (868) Rn. 22.

<sup>109</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 27.

<sup>110</sup> Siehe zum Begriff des formellen Verwaltungsaktes: *Barczuk*, JuS 2018, S. 238 (244).

<sup>111</sup> Siehe die Information der Stadt Greifswald zu der Anerkennung der ärztlichen Berufsqualifikation unter [https://www.greifswald.de/de/verwaltung-politik/verwaltungsleistungen\\_basis/Approbation-Erteilung-Aerztin-oder-Arzt-aus-Drittstaaten/](https://www.greifswald.de/de/verwaltung-politik/verwaltungsleistungen_basis/Approbation-Erteilung-Aerztin-oder-Arzt-aus-Drittstaaten/), [zuletzt abgerufen am 28.02.2020].

<sup>112</sup> Vgl. VG Ansbach, Urteil vom 16. April 2018 – AN 4 K 17.01003 –, juris Rn. 39.

<sup>113</sup> *Haage*, BÄO, § 3 Rn. 29.

<sup>114</sup> *Haage*, MedR 2015, S. 655 (660).

Andererseits hat der betroffene Mediziner ein Interesse daran, möglichst zeitnah zu erfahren, ob seine Ausbildung äquivalent zu der deutschen Ausbildung ist, um sich gegebenenfalls um eine andere Erwerbstätigkeit zu bemühen. Die kurze Entscheidungsfrist ist also mit Blick auf eine gelungene und schnelle Integration in den Arbeitsmarkt zu begrüßen. Ferner wird man sich darauf verlassen dürfen müssen, dass die Approbationsbehörde mit Blick auf Art. 20 Abs. 3 GG im Zweifel eine angemessene Eignungsprüfung vornehmen wird. Mit dem Argument der Tendenz zur Vermeidung einer rechtlichen Überprüfung müsste man ansonsten jede komplexe Behördenentscheidung anzweifeln.

Darüber hinaus hat die Behörde kaum etwas zu befürchten, wenn sie die Frist verstreichen lässt. Ein Rechtsbehelfsverfahren über die Erteilung des Bescheides ist für die Behörde mit keinerlei Nachteilen verbunden. Im Zweifel wird die Behörde daher die Frist eher verstreichen lassen und eine stichfeste Entscheidung treffen, als verfrüht einen Bescheid über die Gleichwertigkeit zu erteilen.

Außerdem stellt die gerichtliche Überprüfung der Behördenentscheidung – anders als von *Haage* behauptet – ohnehin keine Folge dar, die eine Behörde mit allen Mitteln verhindern will. Tatsächlich sind solche Verfahren in einem Rechtsstaat als alltäglich zu bezeichnen. Eine Häufung kassierter Behördenentscheidungen, die auf Grundlage unzureichender Informationen ergangen sind, wäre ein rechtsstaatliches Signal an den Gesetzgeber, dass die Entscheidungsfrist zu kurz ist und möglicherweise verlängert werden sollte. Eine richterliche Überprüfung mit der Möglichkeit der Kassation des Bescheides ist daher nicht als Stigma anzusehen, sondern als erforderlicher rechtsstaatlicher Vorgang innerhalb der Gewaltenteilung, vor dem sich eine Behörde nicht zu fürchten braucht und den sie deshalb auch nicht mit allen Mitteln verhindern muss.

Schließlich kann schon die Frage aufgeworfen werden, ob im Falle des Fehlens von Informationen, die für die Bewertung der Gleichwertigkeit erforderlich sind, überhaupt „*alle erforderlichen Unterlagen*“ im Sinne der Vorschrift vorliegen. Zwar scheint das *Telos* der Norm zunächst darauf hinzudeuten, dass damit nur die Unterlagen gemeint sind, die der Antragssteller vorbringen muss. Ansonsten hätte die Behörde in jedem Fall die Möglichkeit, auf fehlende Informationen zu verweisen, sodass die Entscheidungsfrist für den Antragssteller faktisch keinen Mehrwert hätte. Andererseits ist vor dem Hintergrund des Patientenschutzes zu beachten, dass eine verfrühte Entscheidung der Behörde auf unzureichender Tatsachengrundlage zu Approbationen von Personen führen kann, die den Ansprüchen an den Arztberuf nicht gerecht werden. Eine weite Auslegung des Begriffs der „*erforderlichen Unterlagen*“ hat also einerseits den Vorteil, umfassenden Patientenschutz zu gewährleisten und würde andererseits verhindern, dass die Approbationsbehörde bei einem Zuwarten auf relevante Informationen aus dem Ausland gegen die Fristenregelung des § 3 Abs. 2 S. 8 BÄO verstoßen müsste. Sie ist einem engen Verständnis daher vorzuziehen.

Die Befürchtung *Haages* erscheinen daher aus mehreren Gesichtspunkten unbegründet.



## (2) Ausbildung in einem Drittstaat

Hat der Mediziner seine Ausbildung in einem Drittstaat abgeschlossen, ist in jedem Fall ein Gleichwertigkeitsnachweis zu erbringen, § 3 Abs. 3 BÄO. Denn eine automatische Anerkennung, wie sie § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO normiert, ist für Mediziner aus Drittstaaten nicht vorgesehen.

Für die Gleichwertigkeitsprüfung gelten die Grundsätze, die schon für Antragssteller mit Ausbildungen in EU-Staaten bzw. EWR-Staaten gelten, § 3 Abs. S. 2 BÄO. Die in dem Drittstaat genossene Ausbildung darf sich also nicht wesentlich von dem deutschen Medizinstudium unterscheiden. Liegen doch wesentliche Unterschiede vor, können diese ebenfalls durch ärztliche Berufspraxis und lebenslanges Lernen ausgeglichen werden. Zur Feststellung dieser Voraussetzung ordnet § 3 Abs. 6 Nr. 2 BÄO an, dass der Antragssteller eine amtlich beglaubigte Kopie seines Ausbildungsnachweises vorlegt. Ferner ist eine Bescheinigung erforderlich, nach der er in seinem Herkunftsstaat zur Ausübung des Arztberufs berechtigt ist.

Außerdem sind Unterlagen einzureichen, die seine Absicht belegen, in Deutschland als Mediziner tätig sein zu wollen, § 3 Abs. 6 Nr. 2a BÄO. Mit dieser Regelung soll ein Missbrauch des deutschen Approbationsanspruchs verhindert werden. Ansonsten könnten in Drittstaaten ausgebildete Personen, die von vornherein eine berufliche Tätigkeit in einem anderen EU- oder EWR-Mitgliedsstaat beziehungsweise der Schweiz anstreben, die deutsche Regelung dazu nutzen, eine erste Anerkennung zu erlangen, die ihnen den Weg der Antragsstellung in ihrem Zielstaat erleichtert.<sup>115</sup>

Hintergrund ist die gegenseitige Bindung im beruflichen Anerkennungsverfahren und das Prinzip gegenseitigen Vertrauens innerhalb der EU. Hat ein Mitgliedsstaat die Gleichwertigkeit der drittstaatlichen Ausbildung mit den europäischen Standards festgestellt, soll dies nicht von einem anderen Mitgliedsstaat wieder in Frage gestellt werden, Art. 3 Abs. 3 RL 2005/36/EG.<sup>116</sup> In Deutschland führte dieser Gedanke zu der Regelung in § 3 Abs. 2 S. 9 BÄO, der Ausbildungen in Drittstaaten denselben Regelungen unterwirft wie solchen aus EU- und EWR-Mitgliedsstaaten und der Schweiz, die keinen § 3 Abs. 1 entsprechenden Ausbildungsnachweis vorlegen können. In diesem Fall findet eine Gleichwertigkeitsprüfung und gegebenenfalls eine Defizitprüfung des Antragsstellers statt. Im Gegensatz zu einem Antragssteller mit einem bloßen drittstaatlichen Ausbildungsnachweis findet aber keine umfassende Kenntnisprüfung statt. Österreich erkennt Drittstaatsdiplome nach § 5a Abs. 6 Ärztegesetz von 1998 sogar nur dann an, wenn dessen Inhaber in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder der Schweizerischen Eidgenossenschaft zur selbstständigen Ausübung des ärztlichen Berufes berechtigt ist und eine Bescheinigung des betreffenden Staates gemäß Z 1 darüber vorlegt, dass er drei

<sup>115</sup> Haage, BÄO, § 3 Rn. 49.

<sup>116</sup> Haage, BÄO, § 3 Rn. 31.

Jahre den ärztlichen Beruf im Hoheitsgebiet dieses Staates tatsächlich und rechtmäßig ausgeübt hat.

Auch hier ist eine Überprüfung des Ausbildungsstandes und gegebenenfalls eine Eignungsprüfung des Antragsstellers vorgesehen.

Diese Beispiele zeigen, dass eine einmal erlangte Anerkennung einer drittstaatlichen Berufsausbildung für den Antragssteller durchaus Vorteile bereithält, beziehungsweise teilweise sogar zwingend vorliegen muss, um als Arzt innerhalb des harmonisierten Bereichs zu arbeiten. Es ist also nicht fernliegend, einem Missbrauch vorzubeugen.

Bestehen wesentliche Unterschiede, kann der Antragssteller wiederum mittels Prüfung nachweisen, dass er die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt. Anders als bei Antragsstellern aus EU-, bzw. EWR-Staaten oder der Schweiz findet jedoch wie gesagt keine Defizitprüfung, sondern eine umfassende Kenntnisprüfung statt, die sich inhaltlich auf die staatliche Abschlussprüfung in Deutschland bezieht.<sup>117</sup> Der genaue Ablauf der Kenntnisprüfung ist in § 37 ÄApprO geregelt.

Gem. § 37 Abs. 2 ÄApprO handelt es sich um eine mündlich-praktische Prüfung mit Patientenvorstellung. Geprüft werden über einen Tag hinweg maximal vier Antragssteller, wobei für jeden Antragssteller eine Prüfdauer von mindestens 60 und höchstens 90 Minuten veranschlagt wird.

Eine solche Kenntnisprüfung kann schließlich auch erfolgen, wenn der Antragssteller die erforderlichen Unterlagen und Nachweise aus Gründen, die nicht in seiner Person liegen, nicht vorlegen kann und die Prüfung des Antrags durch die Behörde daher nur mit unangemessenem Aufwand möglich wäre, § 3 Abs. 3 S. 4 BÄO. Die Regelung greift beispielsweise bei Flüchtlingen, die nicht über die nötigen Unterlagen verfügen und auch nicht in der Lage sind, sie aus ihren Heimatländern zu beschaffen.<sup>118</sup>

Haage zweifelt das Modell unterschiedlicher Prüfungsinhalte in § 3 Abs. 2 und Abs. 3 BÄO an<sup>119</sup> und hält die umfassende Kenntnisprüfung bei Drittstaatlern für europarechtswidrig. Stattdessen sei auch im Rahmen des Abs. 3 eine Defizitprüfung vorzunehmen.<sup>120</sup>

Tatsächlich ist es Deutschland aber unbenommen, für Drittstaatsdiplome einen strengeren Maßstab anzulegen, als ihn die Richtlinie vorgibt, weil die Richtlinie auf diese Fälle gar nicht anwendbar ist.<sup>121</sup> Die Zweifel sind also unbegründet.

<sup>117</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen, BT-Drucks 17/6260 S. 63; Spickhoff/Schelling, § 3 BÄO Rn. 35.

<sup>118</sup> Haage, MedR 2008, S. 70 (74); Haage, BÄO, § 3 Rn. 43.

<sup>119</sup> Haage, MedR 2013, S. 779 ff.

<sup>120</sup> Haage, BÄO, § 3 Rn. 42; Narr/Haage, B-II 1 Rn. 28.

<sup>121</sup> Siehe Art. 2 Abs. 1 Richtlinie 2005/36/EG: „Diese Richtlinie gilt für alle Staatsangehörigen eines Mitgliedstaats, die als Selbstständige oder abhängig Beschäftigte, einschließlich der Angehörigen der freien Berufe, einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem sie ihre Berufsqualifikationen erworben haben.

Eine Sonderregelung für Antragssteller, die ihre Ausbildung in Drittstaaten genossen haben, enthält schließlich noch § 3 Abs. 2 S. 9 BÄO. Danach ist das Verfahren nach Abs. 2 S. 2 bis 8 auf Mediziner anzuwenden, die in Drittstaaten ausgebildet wurden, wenn ihre Ausbildung bereits durch einen anderen EU- einen EWR-Mitgliedsstaat oder die Schweiz anerkannt wurde. Auch diese Regelung wird in der Literatur kritisiert, weil sie entgegen dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 RL 2005/36/EG keinen Nachweis einer dreijährigen Berufserfahrung fordert.<sup>122</sup> Diese Richtlinienvorgabe dient der Vermeidung von „Gefälligkeitsanerkennungen“ dergestalt, dass einem Antragssteller mit einer Ausbildung in einem Drittstaat die Anerkennung nur vor dem Hintergrund erteilt wird, dass dieser in einen anderen Staat aus dem harmonisierten Bereich weiterzieht und dort leichter anerkannt wird.<sup>123</sup> Um dies zu verhindern, muss der Betroffene mindestens drei Jahre in dem Staat seiner erstmaligen Anerkennung als Arzt gearbeitet haben. Die Vorschrift dient damit letztlich dem Schutz Deutschlands vor solchen Gefälligkeitsanerkennungen durch andere Mitgliedsstaaten. Warum sich die Bundesrepublik dieses Schutzes begeben hat, ist nicht einzusehen. Die Frage wird auch in der Regierungsbegründung für das Gesetz zur Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen nicht erwähnt. Jedenfalls verstößt die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 9 BÄO gegen den insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 RL 2005/36/EG und ist mithin europarechtswidrig. Die Kritik der Literatur ist mithin berechtigt.

#### bb. Rücknahme im Falle einer ausländischen Ausbildung

Nachdem aufgezeigt wurde, wie die Erteilung der Approbation in Fällen einer medizinischen Ausbildung im Ausland erfolgt, sind in der Folge die Gründe in den Blick zu nehmen, nach denen eine solche Approbation zurückgenommen werden kann.

Der Rücknahmegrund des § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5 BÄO hat den Fall des § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO zum Gegenstand, in dem der Behandelnde eine Approbation

---

*ausüben wollen*“, wonach die RL nur auf Staatsangehörige eines Mitgliedsstaates anwendbar ist, die ihre Berufsqualifikation in einem Mitgliedsstaat erlangt haben. Für EU-Bürger, die ihre Ausbildung nicht in einem Mitgliedsstaat erlangt haben, gelten nur Mindestanforderungen, Art. 2 Abs. 2 RL/2005/36/EG. Siehe ebenso Erwägungsgrund 3 der RL/2005/36/EG und Erwägungsgrund 10 der Richtlinie 2005/36/EG: „Diese Richtlinie hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, gemäß ihren Rechtsvorschriften Berufsqualifikationen anzuerkennen, die außerhalb des Gebiets der Europäischen Union von einem Staatsangehörigen eines Drittstaats erworben wurden. In jedem Fall sollte die Anerkennung unter Beachtung der Mindestanforderungen an die Ausbildung für bestimmte Berufe erfolgen.“, wo diesbezüglich keine Beschränkung enthalten ist; vgl. ferner die aufschlussreiche Formulierung in OVG Münster, BeckRS 2016, 48859 Rn. 26: „Die gesetzliche Neuregelung gilt ungeachtet des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2005/36/EG über § 2 Abs. 3 Sätze 1 und 2 ZHG für Ausländer, die – wie die Klägerin – ihre zahnärztliche Ausbildung in einem Drittland absolviert haben und ihre erstmalige Anerkennung im Bundesgebiet beantragen.“ [Hervorhebungen in den Zitate durch Verfasser]

<sup>122</sup> Haage, BÄO, § 3 Rn. 32 hält daher auch diese Regelung für europarechtswidrig.

<sup>123</sup> Haage, BÄO, § 3 Rn. 32.

durch Vorlage eines europäischen Berufsausweises oder eines diesem gleichgestellten Dokumentes, das in der Anlage zur BÄO aufgelistet ist, erlangt hat. Ist die Ausbildung, die anhand des Dokumentes nachgewiesen wird, in Wahrheit nicht abgeschlossen worden, muss die Behörde die Approbation zurückzunehmen.

Wie gesehen kann zum Nachweis der Ausbildung auch ein Dokument genügen, welches nicht in der Anlage zur BÄO aufgeführt ist, § 3 Abs. 1 S. 6 BÄO. Voraussetzung ist allerdings, dass der Behandelnde eine Bescheinigung seines Herkunftsstaates vorlegt, nach der seine Ausbildung den Mindestvoraussetzungen der RL 2005/36/EG entspricht. Auch eine auf dieser Grundlage erteilte Approbation ist zurückzunehmen, wenn der Behandelnde die nachgewiesene Ausbildung in Wahrheit nicht abgeschlossen hat, § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 6 BÄO.

Die Rücknahmegründe in Variante 7 und 8 betreffen Fälle, in denen der Behandelnde keines der genannten Dokumente vorlegen konnte, sei es, weil ein solches nicht vorhanden war (§ 3 Abs. 2 BÄO), sei es, weil die Ausbildung in einem Drittstaat erlangt wurde (§ 3 Abs. 3 BÄO), sodass die Approbationsbehörde die Gleichwertigkeit der gegenständlichen Ausbildung im Hinblick auf die deutsche Ausbildung festgestellt hat. Hat der Behandelnde die Ausbildung aber in Wahrheit nicht abgeschlossen, muss die Approbation zurückgenommen werden.

*c. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis Var. 4 – Approbation und Wiedervereinigung*

Die Vorschriften des § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis 4 BÄO regeln die Rücknahme von Approbationen, die im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung erteilt wurden. Die Relevanz der Regelungen hält sich daher in Grenzen, die Vorschriften sind nur noch für Altfälle relevant. Daher sei an dieser Stelle lediglich erwähnt, dass die betreffenden Approbationen zurückzunehmen sind, wenn das Medizinstudium, auf dem sie beruhen, tatsächlich gar nicht abgeschlossen wurde.

*d. § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 9 BÄO – Approbation aufgrund von Übergangsregelungen*

Der Rücknahmegrund in § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 9 BÄO nimmt schließlich Bezug auf Fälle, in denen die Approbation nach den Übergangsregelungen in § 14b BÄO erteilt wurde. Dabei geht es um Ausbildungsnachweise, die vor den in § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO geregelten Stichtagen erteilt wurden, also beispielsweise ein Ausbildungsnachweis aus einem EU-Mitgliedsstaat, der vor dem 20.12.1976 ausgestellt wurde. Diese Regelungen sind ohnehin nur noch für Altfälle relevant und dürften ob des fortgeschrittenen Zeitablaufs kaum noch eine Rolle spielen. Auf nähere Ausführungen wird daher an dieser Stelle verzichtet. Es genügt daher auch hier der Hinweis, dass derartige Approbationen zurückzunehmen sind, wenn die mit dem alten Ausbildungsnachweis nachgewiesene Medizinerbildung nicht abgeschlossen war.

*e. Sonderproblem der Franchising-Modelle*

Neben der Rücknahme einer Approbation, die auf einer deutschen Medizinerbildung fußt, ist § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO auch mit Blick auf sogenannte *Franchising-Modelle* relevant.

aa. Hintergrund: Die Approbationserteilung im Falle von *Franchising-Modellen*

(1) Überblick

Im Rahmen der grenzüberschreitenden Medizinerbildung in Europa ist eine neue Entwicklung festzustellen, in der deutsche Krankenhäuser im Wege eines sog. *Franchising-Modells* Kooperationen mit ausländischen Partnerhochschulen eingehen. Dabei erbringt der Krankenhausträger bzw. eine Tochtergesellschaft als Franchisenehmer nach den Vorgaben der ausländischen Hochschule als Franchisegeber Lehr- und Prüfungsleistungen in eigener Verantwortung. Die Vorgaben des Franchisegebers betreffen dabei die inhaltliche Gestaltung der Lehre, die Qualifikation der Lehrenden und die Qualitätssicherung.<sup>124</sup> Beispielfhaft sei hier die Kooperation der *Kassel School of Medicine* und der *University of Southampton* genannt.<sup>125</sup> Nach diesem Modell erfolgt die theoretische Grundausbildung in den ersten beiden Studienjahren an der englischen Hochschule, wobei schon ein Patientenkontakt erfolgt. Die Studienjahre drei bis fünf finden dann in Kassel statt, wo die Ausbildung nach dem Curriculum der *University of Southampton* fortgesetzt wird und praktische Aspekte in den Vordergrund rücken. Letztlich erlangen Absolventen den Abschluss eines *bachelor of medicine, bachelor of surgery* (BMBS) der *University of Southampton*.

Die ärztliche Berufszulassung erfolgt dann folgendermaßen: Um eine Approbation zu erlangen, muss der Bewerber eine *full registration* durch das *general medical council* (GMC) vorweisen. Das GMC erteilt die *full registration* allerdings erst nach dem einjährigen Durchlaufen eines Berufseinstiegsprogrammes, dem *foundation programm*, das der Absolvent auch in Kassel ableisten kann. Dazu beantragt er die sog. *provisional registration* beim GMC, die ihm die Erteilung einer Erlaubnis zur

---

<sup>124</sup> Empfehlung der 15. Mitgliederversammlung der Hochschulrektorenkonferenz Karlsruhe am 19.11.2013, S. 3; vgl. zum Franchise-Begriff in diesem Zusammenhang auch die Erklärung bei *Leusing*, HM 02/2012, S. 53.

<sup>125</sup> Siehe ebenso das Modell der Paracelsus Medical School Nürnberg in Kooperation mit der Paracelsus Privatuniversität in Salzburg: [www.pmu.ac.at](http://www.pmu.ac.at) [zuletzt abgerufen am 28.02.2020] und die Kooperation zwischen der Asklepios Medical School Hamburg mit der Semmelweis Universität in Budapest: <https://www.asklepios.com/ach/> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020]. Neuerdings besteht sogar die Möglichkeit eines Online-Medizinstudiums an einer Einrichtung in Malta, wobei der praktische Teil der Ausbildung an Kliniken der Helios Gruppe in Deutschland durchgeführt wird: <https://medical.edu.mt/de/> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020]. Die Ärzteschaft steht diesem Unterfangen kritisch gegenüber: <https://www.zm-online.de/news/nachrichten/online-medizinstudium-in-malta-abschluss-fuehrt-nicht-automatisch-zur-approbation-in-deutschland/> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020].

vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs nach § 10 BÄO<sup>126</sup> durch die zuständigen Approbationsbehörde ermöglicht.<sup>127</sup>

Mit dem drohenden *Brexit* steht auch die zukünftige Fortführung dieses Modells in Frage. So erwartet *Bode*<sup>128</sup>, dass diese Möglichkeit der Mediziner Ausbildung entweder vollständig wegfällt, sollte sie nicht mit Hilfe von speziellen Regelungen aufrechterhalten werden können. Die *Kassel School of Medicine*<sup>129</sup> zeigt sich demgegenüber naturgemäß weniger pessimistisch: Es wird darauf hingewiesen, dass ein wie auch immer gearteter *Brexit* nicht mit Auswirkungen der Lehrqualität einhergeht. Lediglich organisatorische Umstände wie Krankenversicherung oder Visaangelegenheiten, die mit der Ausbildung als solche nicht zusammenhängen, würden die Ausbildung verkomplizieren.

Diese Ausführungen verdienen Zustimmung. Die wesentliche Problematik im Zuge des *Brexit*s ergibt sich daraus, dass der englische Berufsabschluss nicht mehr automatisch über den Anerkennungsmechanismus in Deutschland anerkannt wird, weil es sich bei Großbritannien nach dem Austritt, zumindest wenn dieser unreguliert erfolgt, um einen Drittstaat handelt.<sup>130</sup> Natürlich können aber auch Abschlüsse aus Drittstaaten in Deutschland anerkannt werden. Voraussetzung ist dabei zwar, dass diese gegenüber der deutschen Ausbildung gleichwertig sind. Da sich aber durch den *Brexit* an den Ausbildungsinhalten gerade nichts ändert, sollte das Gleichwertigkeitskriterium keine hohe Hürde für die Berufszulassung darstellen.

## (2) Vereinbarkeit des *Franchising*-Modells mit europarechtlichen Vorgaben

Fraglich ist zunächst, ob dieses Modell den in Art. 24 RL 2005/36/EG aufgestellten Mindestanforderungen an eine ärztliche Grundausbildung gerecht wird. Problematisch ist hierbei das Erfordernis in Art. 24 Abs. 2 RL 2005/36/EG, wonach die Ausbildung „an einer Universität“ erfolgen muss. Wie gesehen erfolgen aber beispielsweise in Kassel drei Jahre der fünfjährigen Ausbildung nicht an einer Universität, sondern im Wege des sogenannten „*bedside teaching*“ im Klinikum Kassel und anderen Partnereinrichtungen. In der Literatur wird deshalb teilweise angenommen, dass die Voraussetzungen der Richtlinie im Falle der *Franchising*-Modelle nicht erfüllt sind.<sup>131</sup> Allerdings reicht es nach Art. 24 Abs. 2 RL 2005/36/EG auch aus, wenn die Ausbildung „unter Aufsicht einer Universität“ er-

<sup>126</sup> *Haage*, FS Dahm, S. 203 hält dies allerdings für fraglich, weil die vorgesehen Ausnahme hier sonst zur Regel gemacht werde.

<sup>127</sup> Siehe zu alledem unter <https://www.gesundheit-nordhessen.de/index.php?parent=5124> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020]; ferner dazu *Bode*, EuR 2017, S. 401 (433).

<sup>128</sup> *Bode*, EuR 2017, S. 401 (432).

<sup>129</sup> Siehe die ausführliche Information der KSM vom 10.4.2019 unter [https://www.gesundheit-nordhessen.de/fileadmin/Bilder\\_und\\_Downloads/9.0\\_KSM/KSM-Informationen\\_Brexit\\_02.pdf](https://www.gesundheit-nordhessen.de/fileadmin/Bilder_und_Downloads/9.0_KSM/KSM-Informationen_Brexit_02.pdf) (zuletzt abgerufen am 28.02.2020).

<sup>130</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 2 I. 1. b. aa. (2).

<sup>131</sup> *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 2; *Haage*, FS Dahm, S. 202.

folgt. Ein Blick in Art. 24 Abs. 3 d) RL 2005/36/EG macht deutlich, dass diese Option auf den klinischen Teil der Ausbildung bezogen ist.<sup>132</sup> An eine solche Ausbildung unter Aufsicht der franchisegebenden Universität sind aber mit Blick auf die Gewährleistung einer Ausbildung mit wissenschaftlichem Charakter hohe Anforderungen zu stellen.<sup>133</sup> Insbesondere sind Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten erforderlich, damit die jeweilige Universität ihren Aufsichtspflichten gegenüber dem Krankenhaus nachkommen kann.<sup>134</sup> Die Universität muss das Interesse an einer wissenschaftlichen Ausbildung gegenüber den Interessen des Klinikträgers an der Patientenversorgung durchsetzen. Dazu ist ein Kooperationsvertrag erforderlich, der der Hochschule eine solche Aufsichtsmöglichkeit gegenüber dem Krankenhaus einräumt.<sup>135</sup> Ferner sind unabhängige Schlichtungskommissionen für den Konfliktfall zu benennen.<sup>136</sup>

Besonderheiten bestehen wiederum, wenn die Klinik eine öffentlich-rechtliche Einrichtung ist, die auch der jeweiligen Kommunalaufsicht untersteht. In diesem Fall sieht sich der Klinikträger zwei Aufsichtsmechanismen gegenüber und es ist zu klären, welche Stelle die letztgültige Entscheidung zu treffen hat. Letztlich muss hierbei der staatlichen Kontrolle die Letztentscheidungskompetenz zukommen, weil ansonsten die demokratische Legitimationskette zu der Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Krankenhauses unterbrochen wäre.<sup>137</sup> Die Folge wäre dann, dass das Merkmal der Ausbildung unter Aufsicht einer Universität nicht erfüllt wäre, weil das Aufsichtsrecht letztendlich nicht der Hochschule obliegt.

### (3) Auswirkungen der Europarechtswidrigkeit auf den Anerkennungsmechanismus

Überprüft die ausstellende Behörde eines Mitgliedsstaates diese Voraussetzungen und liegen diese auch vor, bestehen keine Probleme. Der Ausbildungsnachweis wird, in Deutschland vorgelegt, über den Mechanismus der gegenseitigen Anerkennung ausländischer Berufsabschlüsse zur Approbation führen, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 iVm. S. 2 bis 8 BÄO. Schwierig wird es, wenn die Ausbildungskooperation die Anforderungen des Art. 24 RL 2005/36/EG nicht erfüllt, die mitgliedstaatliche Behörde aber trotzdem einen Ausbildungsnachweis erteilt. Dabei scheint die Lage mit Blick auf den europäischen Anerkennungsmechanismus eigentlich klar: Der Antragssteller wird auch in diesem Fall letztlich entweder einen in dem anderen Mitgliedsstaat ausgestellten Europäischen Berufsausweis oder ein Dokument

---

<sup>132</sup> Haage, FS Dahm, S. 193 f.

<sup>133</sup> Geis/Sandberger, Hochschulmedizin und Universitätsklinik Rn. 269.

<sup>134</sup> Geis, Ordnung der Wissenschaft, S. 58 (62).

<sup>135</sup> Geis, Ordnung der Wissenschaft, S. 58 (62).

<sup>136</sup> Geis, Ordnung der Wissenschaft, S. 58 (62); vgl. hierzu auch Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu Public Private Partnerships (PPP) und Privatisierungen in der universitätsmedizinischen Krankenversorgung v. 27.1.2006 (Drs. 7063-06), S. 59 f.

<sup>137</sup> Geis, Ordnung der Wissenschaft, S. 58 (63); Geis/Hailbronner, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 19.

mit der gleichen Wirkung vorlegen, sodass seine Ausbildung der in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO geregelten deutschen Ausbildung gleichgesetzt wird, § 3 Abs. 1 S. 2 bis 8 BÄO. Liegen die weiteren allgemeinen Approbationsvoraussetzungen vor, hat der Antragsteller einen Anspruch auf Approbation.

Tatsächlich ist aber fraglich, ob der europäische Anerkennungsmechanismus in diesen Fällen überhaupt greift.<sup>138</sup> Wenn der anzuerkennende Ausbildungsabschluss nicht den harmonisierten Mindestanforderungen der RL 2005/36/EG entspricht, wäre eine trotzdem erfolgte Anerkennung europarechtswidrig. Das ergibt sich schon aus der unionsrechtlichen Regelung des Mechanismus in Art. 21 Abs. 1 RL 2005/36/EG, wonach jeder Mitgliedsstaat die betreffenden Ausbildungsnachweise anerkennt, „*die die Mindestanforderungen für die Ausbildung [...] erfüllen*“.<sup>139</sup> Die Umsetzungsnorm des § 3 Abs. 1 S. 2 bis 8 BÄO könnte in diesem Fall europarechtskonform dahingehend auszulegen sein, dass sie nicht greift, wenn die in Rede stehende Ausbildung nicht den Mindestvoraussetzungen der RL 2005/36/EG entspricht. Folglich bestünde in diesem Fall kein Anspruch auf eine Approbation.<sup>140</sup>

Gegen diese Auffassung spricht aber der Grundgedanke des Modells der gegenseitigen Anerkennung auf europäischer Ebene. Dieser besteht darin, dass ein Mitgliedsstaat den Ausbildungsabschluss eines anderen Mitgliedsstaates bedingungslos und automatisch anerkennt, weil er darauf vertrauen darf, dass der Abschluss den europaweit harmonisierten Anforderungen entspricht.<sup>141</sup> Dem würde es diametral zuwiderlaufen, wenn beispielsweise eine deutsche Behörde einem Antragssteller mit britischem Ausbildungsnachweis die Approbation mit dem Argument versagt, seine Ausbildung entspreche nicht dem Richtlinienstandard. Vielmehr soll die Behörde ja gerade darauf vertrauen, dass die britische Ausstellungsbehörde nur solche Ausbildungen bescheinigt, die den Anforderungen der RL 2005/36/EG entsprechen.<sup>142</sup>

Allenfalls bestehen nach der rechtlichen Konstruktion des Anerkennungsmechanismus die Möglichkeiten der Bestätigung und der Überprüfung.<sup>143</sup> Zweifelt der Aufnahmemitgliedsstaat den Ausbildungsstand des Antragsstellers berechtigterweise an, so kann er sich von der Behörde im ausstellenden Mitgliedsstaat die Echtheit der ausgestellten Bescheinigungen und Ausbildungsnachweise bestätigen lassen, Art. 50 Abs. 2 RL 2005/36/EG. Gegebenenfalls kann er auch eine Bestätigung darüber verlangen, dass der Antragssteller den Mindestanforderungen, die die Richtlinie an die ärztliche Ausbildung stellt, gerecht wird.

---

<sup>138</sup> Geis/*Sandberger*, Hochschulmedizin und Universitätsklinik Rn. 269.

<sup>139</sup> Ebenso Geis/*Sandberger*, Hochschulmedizin und Universitätsklinik Rn. 269.

<sup>140</sup> In diese Richtung Geis/*Sandberger*, Hochschulmedizin und Universitätsklinik Rn. 269; ebenso wohl *Haage*, FS Dahm, S. 193.

<sup>141</sup> EuGH, 19.6.2003, Rs. C-110/01 – *Malika Tennab-Dureç* Rn. 30 (bezogen auf RL 1993/16/EWG).

<sup>142</sup> EuGH, 19.6.2003, Rs. C-110/01 – *Malika Tennab-Dureç* Rn. 75 (bezogen auf RL 1993/16/EWG).

<sup>143</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 40 ff.



Außerdem kann der Aufnahmemitgliedsstaat die bescheinigte Ausbildung nach Art. 50 Abs. 3 RL 2005/36/EG überprüfen, wenn sie von einem Mitgliedsstaat anerkannt wurde, obwohl die Ausbildung nicht vollständig in diesem Mitgliedsstaat durchgeführt wurde, sondern ganz oder teilweise in einer im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedsstaates niedergelassenen Einrichtung. Die Überprüfungsmöglichkeit betrifft zunächst die Frage, ob der Ausbildungsgang in der betreffenden Einrichtung von der Ausbildungseinrichtung des Ausstellungsmitgliedstaats offiziell bescheinigt worden ist. Ferner ob der ausgestellte Ausbildungsnachweis dem entspricht, der verliehen worden wäre, wenn der Ausbildungsgang vollständig im Ausstellungsmitgliedstaat absolviert worden wäre, und schließlich, ob mit dem Ausbildungsnachweis im Hoheitsgebiet des Ausstellungsmitgliedstaats dieselben beruflichen Rechte verliehen werden. Eine Überprüfung darf nur erfolgen, wenn der Aufnahmemitgliedsstaat am Vorliegen dieser Voraussetzungen berechnigte Zweifel hat.

Die Möglichkeiten der Bestätigung und Überprüfung helfen der Approbationsbehörde jedoch nicht weiter, wenn der bescheinigende Mitgliedsstaat die harmonisierten Voraussetzungen an die Mediziner Ausbildung als erfüllt ansieht. Denn bei der Bescheinigung handelt es sich um ein echtes Dokument und die bescheinigende Behörde wird auch die Erfüllung der Mindestvoraussetzungen bestätigen, da sie diese ja als erfüllt ansieht. Auch die Überprüfungsmöglichkeit sieht nicht vor, dass der Aufnahmemitgliedsstaat die Erfüllung der europarechtlichen Vorgaben an die Ausbildung nachprüft.

Neben diesen Mitteln aus der Richtlinie besteht noch die Möglichkeit, ein Vertragsverletzungsverfahren gegen den ausstellenden Mitgliedsstaat einzuleiten.<sup>144</sup> Andere Möglichkeiten – insbesondere die Versagung der Anerkennung durch die Behörde – sieht das System der gegenseitigen Anerkennung grundsätzlich nicht vor.<sup>145</sup>

#### (4) Rechtsmissbräuchliches Verhalten

*Geis* und *Hailbronner* erwägen allerdings eine Ausnahme hiervon bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Antragsstellers.<sup>146</sup> Dieser bewege sich zwar grundsätzlich im Rahmen seiner unionsrechtlich garantierten Grundfreiheiten, wenn er mit einem ausländischen Ausbildungsnachweis eine Approbation beantragt. Allerdings sei die Grenze zum Rechtsmissbrauch erreicht, wo

*„die Inanspruchnahme dieser Freiheiten den alleinigen Zweck verfolgt, die Vorschriften der Approbationsordnung über die ärztliche Grundausbildung zu unterlaufen. Die mit*

---

<sup>144</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 40.

<sup>145</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 42.

<sup>146</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 44; ebenso *Haage*, FS Dahm, S. 203.

*der Berufsanerkenntnisrichtlinie verfolgten Zwecke der Förderung der Marktfreiheiten im gemeinsamen Binnenmarkt beruhen im Grundsatz auf dem Modell der Liberalisierung durch ‚automatische Anerkennung‘ trotz unterschiedlicher Ausbildungen, sofern unionsrechtliche Mindestanforderungen beachtet sind. Der Grundsatz, dass für die medizinische Ausbildung in Deutschland die deutschen Vorschriften – vorbehaltlich der unionsrechtlichen Mindeststandards – gelten, soll dadurch nicht in Frage gestellt werden. Der so definierte Liberalisierungszweck würde aber verfehlt, wenn eine Mediziner Ausbildung zwar im Wesentlichen in Deutschland abgeleistet würde, aber zum alleinigen Zweck des Unterlaufens der Vorschriften der Approbationsordnung lediglich ‚pro forma‘ in Verbindung mit der (Privat-) Universität eines anderen EU-Mitgliedstaates durchgeführt würde, um auf der Grundlage der hierdurch erlangten ärztl. Berufsausübungsqualifikation die Anerkennung in Deutschland zu erreichen.“<sup>147</sup>*

Das gelte auch in Fällen, in denen nicht die deutschen Vorgaben, sondern schon die Mindestvorgaben der Berufsanerkenntnisrichtlinie mit Hilfe von *Franchising*-Modellen unterlaufen werden. Darunter fassen die Bearbeiter auch den Fall des *bedside teaching* ohne hinreichende wissenschaftliche Ausbildung an einer Universität.

Gleiches gelte zudem, wenn der Ausbildungsnachweis durch einen anderen Mitgliedsstaat mit dem Ziel ausgestellt wurde, die in der Richtlinie aufgestellten Standards zu unterlaufen.<sup>148</sup>

Beruft sich der Antragssteller in diesen Fällen auf die Pflicht zur automatischen Anerkennung, liege rechtsmissbräuchliches Verhalten vor. Die Approbationsbehörde kann die Erteilung der Erlaubnis unter Hinweis hierauf versagen.<sup>149</sup> Begründet wird diese Ausnahme damit, dass die mit der gegenseitigen Anerkennung gewährleistete Freizügigkeit nur so weit reichen kann, wie sie nicht die Sicherung der Bevölkerung mit einer hochwertigen ärztlichen Versorgung gefährdet.

Die Autoren konstatieren aber auch, dass diese Ausnahme bisher nicht konkretisiert worden ist und der EuGH den Gedanken des Rechtsmissbrauchs sehr zurückhaltend anwendet.

---

<sup>147</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 43 f.

<sup>148</sup> *Haage*, FS Dahm, S. 203 sieht diese Voraussetzung zumindest für das Nürnberger Modell als gegeben an.

<sup>149</sup> *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S. 44.

## (5) Zwischenergebnis

Letztlich muss sich die deutsche Approbationsbehörde also darauf verlassen, dass die ausstellende Behörde in dem jeweiligen Mitgliedsstaat vor Erteilung der Ausbildungsbescheinigung eingehend prüft, ob die medizinische Ausbildung den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Eine eigene Reaktionsmöglichkeit auf einen Richtlinienverstoß über Art. 50 RL 2005/36/EG hinaus kommt allenfalls bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten in Betracht.

bb. Die Rücknahme im Falle einer Ausbildung nach den *Franchising*-Modellen

Wie festgestellt, kann die Approbationsbehörde bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Antragenden eine Erlaubnis versagen. Wird dem Betroffenen trotz des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens eine Approbation erteilt, schließt sich die Frage nach deren Rücknehmbarkeit an.<sup>150</sup>

Diese erfolgt in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BÄO. Wie gesehen, erfordert dieser Rücknahmegrund eine Approbation, bei der die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO nicht vorliegen. Nach der Systematik des § 3 BÄO ist die Vorschrift allerdings nur auf medizinische Ausbildungen anwendbar, die in Deutschland stattgefunden haben. Das wird an § 3 Abs. 1 S. 2 BÄO deutlich, der die Anerkennung einer Ausbildung „in einem der übrigen [Hervorhebung durch Verfasser] *Mitgliedsstaaten der europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum*“ zum Gegenstand hat. Für den Fall der Approbation aufgrund einer ausländischen Ausbildung hält die Bundesärzteordnung einen eigenen Rücknahmegrund in § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5 BÄO bereit.

Da es sich bei der Ausbildung nach dem *Franchising*-Modell aber gerade nicht um eine deutsche Ausbildung handelt, ist § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO auf diese Fälle nicht direkt anwendbar.

Zwar wird die ausländische Ausbildung über § 3 Abs. 1 S. 2 bis 8 BÄO der deutschen Ausbildung gleichgestellt. Allerdings dient diese Fiktion nur dem Verweis auf die Rechtsfolge des § 3 Abs. 1 S. 1 BÄO. Den Tatbestandsvoraussetzungen der Nr. 4 müssen die ausländischen Ausbildungsabschlüsse gerade nicht entsprechen, eine solche Überprüfung soll durch das Verfahren der automatischen Anerkennung ja gerade vermieden werden.

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO kann also in direkter Anwendung nur eine Approbation auf Grundlage einer deutschen Ausbildung zurückgenommen werden.

Auch § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 5 BÄO ist auf die Problematik der *Franchising*-Modelle nicht anwendbar, weil die nachgewiesene Ausbildung ja tatsächlich abgeschlossen wurde. Den Fall, dass die Ausbildung nicht dem europäischen Standard

---

<sup>150</sup> Ebenso Narr/*Haage*, B-II 2 Rn. 2.

entsprach, erfasst diese Variante – und im Übrigen auch die deutsche Rücknahmევovorschrift insgesamt – nicht ausdrücklich.

§ 5 Abs. 1 S. 1 BÄO muss daher entsprechend auch auf den Fall anwendbar sein, dass die Approbation auf einer Ausbildung beruht, die nicht dem europäischen Standard entspricht. Ansonsten könnte die Approbationsbehörde nicht reagieren, wenn die Approbation evident europarechtswidrig erfolgt, weil die Rücknahmევgründe wie aufgezeigt abschließend in § 5 BÄO geregelt sind.<sup>151</sup>

## 2. Fakultative Rücknahmევgründe

Sind Rücknahmევgründe nach § 5 Abs. 1 S. 2–4 BÄO einschlägig, liegt die Rücknahmeentscheidung im Ermessen der Approbationsbehörde. Es handelt sich mit Blick auf die Rücknahmევgründe, die ein Ermessen nach sich ziehen, um eine sog. Koppelungsvorschrift.<sup>152</sup> Dabei werden die Rücknahmევgründe auf Tatbestands-ebene, deren Vorliegen vollständig der gerichtlichen Prüfung unterliegen und die also unbestimmte Rechtsbegriffe darstellen,<sup>153</sup> mit einer nur der eingeschränkten gerichtlichen Prüfung unterliegenden Ermessensentscheidung auf Rechtsfolgen-ebene verbunden.

### *a. Rücknahmევgründe nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO*

Die Approbation kann zurückgenommen werden, wenn im Zeitpunkt ihrer Erteilung die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Nr. 3 BÄO nicht vorgelegen haben. Angesprochen sind Fälle, in denen der Behandelnde bei Erteilung der Approbation zur Ausübung des ärztlichen Berufs entweder unwürdig oder unzuverlässig war, oder die erforderliche gesundheitliche Eignung nicht vorlag. Die Begriffe der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit sind getrennt voneinander zu betrachten und haben eine eigenständige Bedeutung.<sup>154</sup> Es reicht bereits aus, wenn nur eines der beiden Merkmale erfüllt ist.<sup>155</sup> Die Behörde kann ihre Entscheidung aber auch von einer Gesamtwürdigung aus Unwürdigkeit und Unzuverlässigkeit abhängig machen.<sup>156</sup>

<sup>151</sup> Siehe unter § 2. Ein Rückgriff auf § 48 VwVfG ist damit nicht möglich.

<sup>152</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1974, 1634.

<sup>153</sup> Ebenso Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 91.

<sup>154</sup> VGH Kassel, NJW 1986, 2390; VGH München, BeckRS 2007, 29565; ebenso Saalfrank/Frehse/Kleinke, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 75.

<sup>155</sup> OVG Saarlouis, Beschluss vom 29.10.2004 – 1 Q 9/04 –, juris Rn. 29.

<sup>156</sup> So in VGH München, Beschluss vom 24. Oktober 1988 – 21 B 88.00762 –, juris Rn. 29; in diesem Fall müsste sich der Widerspruch/die Anfechtungsklage auf beide Tatbestandsmerkmale beziehen und jeweils eine substantiierte Auseinandersetzung enthalten, OVG Münster, MedR 2009, 751 (752) (zu der Parallelvorschrift im ZHG).

## aa. Unwürdigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung, § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 1 BÄO

## (1) Grundsätzliches

Zur Feststellung der Unwürdigkeit ist zu prüfen, ob der Behandelnde ein schwerwiegendes Fehlverhalten an den Tag gelegt hat, welches für sich genommen geeignet ist, das Ansehen und Vertrauen zu zerstören, welches für die ärztliche Berufsausübung unabdingbar ist.<sup>157</sup> Schutzziel ist die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient, die wesentlich für den Heilerfolg ist. Dabei kommt der Integrität des Arztes ein hohes Gewicht zu, weil sie oft der einzige Anhaltspunkt für den Patienten ist, der Rückschlüsse auf die Qualität seiner Leistung zulässt. Denn vorbeugende Kontrollen der ärztlichen Leistung durch staatliche Stellen können wegen des Arztgeheimnisses kaum erfolgen.<sup>158</sup> Um die erforderliche Vertrauensbasis zu gewährleisten, soll der Patient uneingeschränkt von der Lauterkeit des Arztes ausgehen können, damit er nicht schon im Vorfeld einer Behandlung Skrupel hat, ihn aufzusuchen.<sup>159</sup> Die Unwürdigkeit wird daher durch Verhaltensweisen begründet, die dem Vorstellungsbild einer integren Arztpersönlichkeit widersprechen.<sup>160</sup> Sie hängt damit in hohem Maße von den gesellschaftlichen Wertevorstellungen ab, denen ein steter Wandel immanent ist.<sup>161</sup> Kleinere Widersprüche zum Lauterkeitsbild der Gesellschaft sind daher hinzunehmen, weil sie schon nach relativ kurzer Zeit eine anderweitige Bewertung nach sich ziehen können. Zudem wird sich das eine gesellschaftliche Verständnis von einer integren Arztpersönlichkeit kaum feststellen lassen, vielmehr differiert die diesbezügliche Vorstellung innerhalb der einzelnen gesellschaftlichen Schichten.<sup>162</sup> Zur Begründung der Unwürdigkeit muss daher ein schwerwiegendes Fehlverhalten vorliegen, welches die weitere Berufsausübung untragbar erscheinen lässt.<sup>163</sup>

Neben diesen Erwägungen lässt sich dafür auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ins Feld führen. Bloßes Handeln wider die gesellschaftliche Moralvorstellung kann schon deshalb nicht zum Approbationsentzug führen, weil die Entscheidung von einer Abwägung mit den Grundrechten des Betroffenen abhängt. Bei rein moralischen Vergehen wird es dabei jedoch an der Angemessenheit fehlen. Letztlich lassen sich die Sachverhalte, die eine Unwürdigkeit nach sich ziehen,

---

<sup>157</sup> BVerwG, NJW 1991, 1557; NJW 1993, 806; NJW 1999, 3425 (3426); BeckRS 2003, 21187; OVG Münster, BeckRS 1993, 141 Rn. 4; OVG Münster, MedR 2009, 751 (752); VG München, BeckRS 2012, 47410.

<sup>158</sup> OVG Münster, MedR 1992, 294 (295); VGH Mannheim, NJW 1995, 804; Laufs/Kern/Rehborn/Ulsenheimer, § 161 Rn. 88; Braun/Gründel, MedR 2001, S. 396 (398).

<sup>159</sup> OVG Münster, BeckRS 1993, 141 Rn. 8; VGH München, MedR 1991, 94 (95); ebenso Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 18.

<sup>160</sup> Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 19.

<sup>161</sup> Vgl. VGH Mannheim, NJW 1987, 1502.

<sup>162</sup> Siehe das eingängige Beispiel bei Braun/Gründel, MedR 2001, S. 396 (399 f.).

<sup>163</sup> Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 20.

daher in aller Regel auf strafbares Verhalten eingrenzen.<sup>164</sup> Nur ausnahmsweise kann auch strafrechtlich unerhebliches Verhalten zum Entzug der Approbation führen.<sup>165</sup>

## (2) Erforderlichkeit einer Prognose?

Der Begriff der Unwürdigkeit hat im Rahmen der Rücknahme allein den Zeitraum vor Erteilung der Approbation zum Gegenstand.<sup>166</sup> Es ist darüber zu befinden, ob ein vor der Approbation geschehenes Fehlverhalten zum Zeitpunkt der Approbationserteilung zur Unwürdigkeit des Behandelnden geführt hat.

Dabei besteht kein Erfordernis einer negativen Prognose, denn diese ist gerade das Differenzierungsmerkmal zum Begriff der Unzuverlässigkeit.<sup>167</sup> Hätte der Betroffene bei Approbationserteilung plausibel darlegen können, dass sich ein weiteres Fehlverhalten nicht wiederholen wird, so hätte ihm das mit Blick auf die Unwürdigkeit daher nicht weitergeholfen.<sup>168</sup>

Allerdings hat das Verwaltungsgericht Gelsenkirchen auch bei der Prüfung des Tatbestandsmerkmals der Unwürdigkeit – offenbar sicherheitshalber – auf eine Prognose abgestellt.<sup>169</sup> Das Verwaltungsgericht wurde dadurch einer Unsicherheit gerecht, die durch zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts entstanden ist. Nach dessen Auffassung ist nämlich fraglich, ob mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht auch im Rahmen der Prüfung der Unwürdigkeit eine Prognose verfassungsrechtlich unerlässlich sei.<sup>170</sup> Hintergrund war offenbar, dass dem Entzug der Approbation aufgrund von Unwürdigkeit ohne Prognose lediglich Sanktionscharakter zugesprochen wurde, sodass der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG nicht gerechtfertigt war.<sup>171</sup>

Inzwischen hat das Bundesverfassungsgericht seine Ausführungen aber konkretisiert. Danach ist nicht nur das die Unwürdigkeit begründende Verhalten des Behandelnden isoliert zu betrachten, vielmehr sind auch veränderte Umstände in die Entscheidung über die Unwürdigkeit einzubeziehen. Gemeint sind insbeson-

<sup>164</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 52; strenger: *Braun/Gründel*, MedR 2001, S. 396 (399), wonach eine Zerstörung des Vertrauens in den Arzt bei nicht strafbaren Handlungen faktisch nicht vorkommen wird.

<sup>165</sup> VG Hannover, BeckRS 2014, 56575, wobei das strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen Zahlung einer Geldbuße eingestellt wurde. Ob ein strafbares Verhalten vorlag, konnte somit nicht abschließend geklärt werden.

<sup>166</sup> Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 76; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 16.

<sup>167</sup> BVerwG NJW 1993, 806; siehe auch BVerwG, NJW 1991, 1557; OVG Münster, MedR 2009, 751 (752); ebenso *Heberer*, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S.92; *Bonnie*, MedR 2002, S. 338; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 16; a.A. *Kleine-Cosack*, NJW 2004, S. 2473 (2477).

<sup>168</sup> VG Köln, GesR 2014, 368 (372); ebenso *Braun/Gründel*, MedR 2003, S. 396 (397); Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 20.

<sup>169</sup> VG Gelsenkirchen, BeckRS 2009, 41435.

<sup>170</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 28.8.2007 – 1 BvR 1098/07 –, juris Rn. 23; zuvor schon BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 18.5.2005 – 1 BvR 1028/05 –, juris Rn. 1.

<sup>171</sup> So zumindest die Einlassung des Beschwerdeführers in BVerfG, GesR 2017, 739 (740).

dere solche Umstände, die die Annahme rechtfertigen, dass die erforderliche Vertrauensgrundlage zwischen Arzt und Patient trotz des Fehlverhaltens gesichert ist und mithin keine Gefahr für die Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung besteht.<sup>172</sup> Als solcher kommt zum Beispiel eine erfolgte Wiedergutmachung durch den Behandelnden in Betracht.<sup>173</sup> Eine negative Prognose, dass der Behandelnde in der Zukunft dem ärztliche Berufsbild zuwiderhandeln wird, ist aber nicht nötig.<sup>174</sup> Eine solche ist – wie noch zu zeigen sein wird – vielmehr im Rahmen der Unzuverlässigkeit erforderlich.

### (3) Die Strafbarkeit des Verhaltens

Für die Frage, ob der Betroffene sich durch eine strafbare Handlung eines Verhaltens schuldig gemacht hat, das die Unwürdigkeit für den ärztlichen Beruf begründet, kommt es auf drei Faktoren an. Neben der Art der Straftat und dem Schuldvorwurf ist dabei die Frage relevant, inwieweit die Tat die berufliche Tätigkeit des Behandelnden tangiert.<sup>175</sup>

#### (a) Abstufung anhand des Berufsbezuges der Tat

Dabei kann folgende Abstufung vorgenommen werden: Straftaten im Kernbereich der ärztlichen Berufsausübung führen auch schon zur Unwürdigkeit, wenn sie weniger schwerwiegend sind,<sup>176</sup> während Delikte im Randbereich der Berufsausübung einen höheren Unrechtsgehalt aufweisen müssen.<sup>177</sup> Strafrechtlich relevantes Fehlverhalten aus dem rein privaten Bereich ohne Berufsbezug soll hingegen grundsätzlich keine berufsrechtlichen Auswirkungen haben.<sup>178</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn es einen erheblichen Unrechtsgehalt aufweist.<sup>179</sup> Die Referenzgröße des Kernbereichs der ärztlichen Berufsausübung stellt dabei die Behandlung von Patienten dar.<sup>180</sup>

Bei weniger schweren Delikten muss die Straftat also einen besonderen Berufsbezug aufweisen. So ist der Unrechtsgehalt in einem Fall, in dem ein Hautarzt die Intimsphäre seiner Patientinnen durch Nacktaufnahmen verletzt hat (§ 201a

---

<sup>172</sup> BVerfG, GesR 2017, 739 (740).

<sup>173</sup> BVerfG, GesR 2017, 739 (741).

<sup>174</sup> Auch das OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 (343) sah in den Entscheidungen des BVerfG keinen Grund, von der gefestigten Rechtsprechung abzuweichen; wie hier wohl auch VG Regensburg, MedR 2017, 64 (66).

<sup>175</sup> VGH München, BeckRS 2007, 29565 Rn. 24 f.; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 21.

<sup>176</sup> VG Stuttgart, MedR 2000, 142 (144); OVG Münster, GesR 2004, 240 (241); VG Gelsenkirchen, BeckRS 2009, 41435; VG Stuttgart, Urteil vom 01. Oktober 2009 – 4 K 597/09 –, juris Rn. 19; VGH Mannheim, NJW 2010, 692 (693); VG Köln, GesR 2014, 368 (371).

<sup>177</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 29.

<sup>178</sup> *Braun/Gründel*, MedR 2001, S. 396 (397); *Bowie*, MedR 2002, S. 338 (339).

<sup>179</sup> VGH Mannheim, NJW 2003, 3647 (3648); OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 (343); VGH München, MedR 2011, 594 (596) Rn. 29; VGH München, BeckRS 2017, 132574 Rn. 23 f.; verneint in: VG Regensburg, MedR 2017, 64 (67).

<sup>180</sup> OVG Münster, MedR 2003, 694 (695).

Abs. 1 StGB), sicherlich nicht so schwer zu gewichten wie ein Tötungsdelikt. Da es sich hierbei aber um ein schwerwiegendes Fehlverhalten im Kernbereich der ärztlichen Berufsausübung handelt, ist aufgrund des massiv verletzten Vertrauens die Annahme der Unwürdigkeit gerechtfertigt.<sup>181</sup> Ebenso bei einem Arzt, der einem Sportler leistungssteigernde Mittel verschreibt und damit eine Gesundheitsschädigung billigend in Kauf nimmt. Das Verschreiben von Medikamenten gehört ebenfalls in den Kernbereich ärztlicher Aufgaben, sodass ein grober Missbrauch dieses Privilegs die Unwürdigkeit nach sich zieht.<sup>182</sup> Gleiches gilt für den Fall, in dem der Behandelnde Impfungen an seinen Patienten vorgenommen hat, die entweder nicht indiziert waren, oder über die er die Patienten nicht hinreichend aufgeklärt hatte, um sie gegenüber der Krankenkasse als erforderliche Leistungen abzurechnen.<sup>183</sup> Ein ausreichender Berufsbezug ist bei einem Kinder- und Jugendpsychotherapeuten allemal gegeben, wenn dieser kinderpornografisches Material konsumiert. Die Verwerflichkeit des Verhaltens wurde in dem betreffenden Fall sogar noch dadurch gesteigert, dass der Therapeut gerade Missbrauchsoffer behandelte. „*Ein Konsument von kinderpornographischem Material erscheint jedoch in höchstem Maße unwürdig, Opfer gerade solcher Taten, deren Nutznießer (Verbraucher) er letztendlich ist, zu therapieren.*“<sup>184</sup>

Bei Straftaten aus dem rein privaten Bereich kommt die Unwürdigkeit insbesondere bei Vorliegen von Verbrechenstatbeständen in Betracht.<sup>185</sup> So folgt aus Verbrechen wie Mord,<sup>186</sup> Anstiftung zum Mord,<sup>187</sup> Totschlag<sup>188</sup> oder Brandstiftung<sup>189</sup> die Unwürdigkeit des Behandelnden. Insbesondere bei Straftaten gegen das Leben oder die körperliche Unversehrtheit kann neben deren erheblichen Unrechtsgehalt auch darauf abgestellt werden, dass solche Taten in völligem Widerspruch zu dem ärztlichen Auftrag stehen, der Gesundheit und dem Wohl der Patienten zu dienen.<sup>190</sup> Dem Brandstifter ist ein besonders gemeingefährliches Verhalten zu attestieren, welches das gesellschaftliche Bild des helfenden Arztes ebenfalls in seinen Grundfesten erschüttert.

<sup>181</sup> VG Köln, GesR 2014, 368 (372); siehe zu ähnlichen Fallgestaltungen auch: VG Stuttgart, MedR 2000, 142; OVG Bremen, NJW 2003, 1887 (zur Parallelvorschrift im ZHG), sowie BVerwG NJW 1999, 3425.

<sup>182</sup> OVG Saarlouis, Beschluss vom 29.10.2004 – 1 Q 9/04 –, juris Rn. 24.

<sup>183</sup> VGH Mannheim, NJW 2010, 692 (693).

<sup>184</sup> VGH München, BeckRS 2007, 36996 unter II. (zur Parallelvorschrift im PsychThG).

<sup>185</sup> BVerwG, BeckRS 2003, 21187; VG Freiburg, BeckRS 2007, 25306 unter I.; Braun/Gründel, MedR 2003, S. 396 (397); ebenso Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 21.

<sup>186</sup> OVG Koblenz, ArztR 1989, 263 (264); VGH Mannheim, NVwZ 2006, 1202 (zur Parallelnorm in der BApO).

<sup>187</sup> BVerwG, NJW 1987, 1501.

<sup>188</sup> VGH München, MedR 1991, 94.

<sup>189</sup> OVG Münster, BeckRS 2003, 20312, bestätigt durch BVerwG, BeckRS 2003, 21631.

<sup>190</sup> OVG Münster, BeckRS 2003, 20312; VGH Mannheim, NVwZ 2006, 1202 (1203); Braun/Gründel, MedR 2001, S. 396 (399); Bonvie, MedR 2002, S. 338 (339); Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 23. Siehe zur Unwürdigkeit eines ehemaligen KZ-Lagerarztes ferner BVerwG, VerwRspr. 1969, 561.



### (b) Besonderheiten im Rahmen der Rücknahme

Aus dem Erfordernis eines Zusammenhangs mit der Berufsausübung resultiert allerdings eine erhebliche Einschränkung möglicher Rücknahmegründe, weil die Feststellung der Berufsbezogenheit vor Erteilung der Approbation naturgemäß schwer fällt.<sup>191</sup> Daher kommen für die Begründung der Unwürdigkeit im Rahmen der Rücknahme vor allem Straftaten in Betracht, die der werdende Arzt im Rahmen seiner Ausbildung begeht.<sup>192</sup> Besondere Bedeutung kommt dabei dem Krankenpflegepraktikum, der Famulatur und dem praktischen Jahr zu, weil dort ein Patientenkontakt besteht.<sup>193</sup>

Begeht der werdende Arzt dagegen bis in den vorklinischen Ausbildungsabschnitt hinein minder schwere Delikte, ist die Unwürdigkeit mangels Berufsbezug nur schwer zu begründen. Allerdings ist noch ein weiterer Aspekt zu beachten, der in solchen Fällen doch zur Unwürdigkeit des Betroffenen führen kann. So kann die Anzahl der strafrechtlichen Verfehlungen als Ausdruck der mangelnden Bereitschaft gewertet werden, sich der Rechtsordnung unterzuordnen. Mit Blick auf das Ansehen der Ärzteschaft kann dies die Unwürdigkeit des Behandelnden zur Folge haben, weil eine notorische Missachtung der Rechtsordnung durch einen Arzt das Vertrauen der Bevölkerung in den Berufsstand verspielt.<sup>194</sup>

### (c) Fallgruppen

Im Folgenden werden die typischen Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung die Unwürdigkeit angenommen hat, auf ihre Relevanz im Rahmen der Rücknahme überprüft:

#### (aa) Vermögens- und Urkundendelikte

Mit Blick auf die zur Begründung der Unwürdigkeit relevanten strafrechtlichen Verfehlungen sind zunächst die Vermögensdelikte zu nennen.<sup>195</sup> Grundsätzlich führt ein Vermögensdelikt allerdings nicht zu einer so schweren Schädigung des Vertrauens in den ärztlichen Stand, als dass die Feststellung der Unwürdigkeit gerechtfertigt wäre.<sup>196</sup> Denn einem Arzt kann heute wohl keine Verpflichtung

---

<sup>191</sup> Ebenso *Krafczyk*, GesR 2009, S. 350 (352).

<sup>192</sup> So beispielsweise in BVerwG, BeckRS 2003, 21187; ebenso in OVG Bremen, NJW 2003, 1887 (zur Parallelvorschrift im ZHG).

<sup>193</sup> Siehe BVerwG, NJW 1994, 1601 (1603).

<sup>194</sup> VGH Mannheim, NJW 1995, 804; NVwZ-RR 1995, 203 (204); VG Braunschweig, Urteil vom 12. September 2007 – 1 A 364/06 –, juris Rn. 16; ebenso Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 24.

<sup>195</sup> BVerwG, NJW 1991, 1557; BVerwG, GesR 2013, 44; VGH Kassel, NJW 1986, 2390 (2391); VGH Mannheim, NVwZ 1995, 203; VGH Mannheim, NJW 2003, 3647; OVG Bautzen, BeckRS 2005, 26020; VGH München, MedR 2009, 659; OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 ff.; VGH München, MedR 2010, 636; VGH München, MedR 2011, 594 ff.; VG Lüneburg, Urteile vom 11. Mai 2005 – 5 A 33/04 –, juris und 5 A 196/03 –, juris.

<sup>196</sup> VGH Mannheim, NJW 2003, 3647 (3648); OVG Bautzen, BeckRS 2005, 26020.

einer in jeder Hinsicht integren Lebensführung mehr auferlegt werden.<sup>197</sup> Vor allem aber betreffen diese Delikte in aller Regel nicht das Arzt-Patienten-Verhältnis in seinem Kernbereich.<sup>198</sup> Andererseits erwartet die Bevölkerung von einem Arzt zumindest, dass er anderen Personen nicht willentlich erheblichen Schaden zufügt.<sup>199</sup> Ausnahmsweise führen Vermögensdelikte daher dann zur Unwürdigkeit, wenn der fehlende Berufsbezug durch ein gesteigertes Unwerturteil ausgeglichen wird.<sup>200</sup> So ist beispielsweise in Fällen des gewerbsmäßigen Abrechnungsbetruges gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung von Unwürdigkeit auszugehen. Gewinnerorientiertes Verhalten der Ärzteschaft wird durch die Öffentlichkeit ohnehin schon kritisch betrachtet, weil dem Idealbild ärztlicher Berufsausübung ein gewisser Grad an Altruismus immanent ist. Schafft sich der Arzt aus übersteigertem Gewinnstreben mit seinen Betrugstaten eine Einnahmequelle von einiger Dauer und Umfang, wird der Glaube der Bevölkerung in dieses Idealbild nachhaltig erschüttert.<sup>201</sup>

Häufig sind Vermögensdelikte mit der Begehung von Urkundendelikten verbunden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass den Arzt im Hinblick auf das Erstellen von Urkunden, Gesundheitszeugnissen und sonstigen Bescheinigungen eine besondere Verantwortung hinsichtlich deren Richtigkeit und Vollständigkeit trifft. Fälscht der Arzt solche Dokumente, schmälert er das Vertrauen in die Integrität des Berufsstandes in dieser Hinsicht auch dann, wenn es sich nicht um Urkunden aus dem ärztlichen Bereich handelt.<sup>202</sup>

Allerdings sind Fälle wie der Abrechnungsbetrug zu Lasten der Krankenkassen oder die Vorteilsnahme im Zusammenhang mit finanziellen Zuwendungen der Pharmaindustrie erst denkbar, wenn die Approbation schon erteilt wurde. Sie können daher nur einen Widerruf begründen. So kommen nur Vermögensdelikte ohne Berufsbezug als Rücknahmegründe in Betracht. Diese müssen sich allerdings durch einen besonders hohen Unrechtsgehalt auszeichnen, oder in großer Zahl begangen werden. Soweit ersichtlich, ist es bisher aber noch nicht zu einem solchen Fall im Rahmen einer Approbationsrücknahme gekommen.

---

<sup>197</sup> VGH Mannheim, MedR 1983, 36; OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 (343).

<sup>198</sup> Anders dagegen im Fall des OVG Bautzen, BeckRS 2005, 26020, wo die betroffene Ärztin das Näheverhältnis zu ihren betagten Patientinnen ausnutzte, um sich Darlehen zu erschleichen. Hier hätte schon der starke Berufsbezug für die Feststellung der Unwürdigkeit ausgereicht. Ebenso im Fall BVerwG, GesR 2013, 44 Rn. 5.

<sup>199</sup> VGH Mannheim, NJW 2003, 3647 (3648); OVG Bautzen, BeckRS 2005, 26020 unter 2.2.; VGH München, MedR 2011, 594 (596) Rn. 30.

<sup>200</sup> VG Lüneburg, Urteil vom 11. Mai 2005 – 5 A 196/03 –, juris Rn. 41.

<sup>201</sup> VGH Mannheim, NJW 2003, 3647 (3648); OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 (343).

<sup>202</sup> VGH Mannheim, NJW 2003, 3647 (3648); OVG Lüneburg, MedR 2010, 342 (343).

### (bb) Betäubungsmitteldelikte

Für die Frage der Unwürdigkeit können ferner Betäubungsmitteldelikte relevant werden.<sup>203</sup> Denn die Abgabe von Betäubungsmitteln unter Missachtung der einschlägigen Vorschriften kann zu schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen bei den Patienten führen, sodass ein Widerspruch zu dem ärztlichen Heilauftrag zu bejahen ist. Auch hier sind Verstöße gegen das BtMG<sup>204</sup> und die BtMVV<sup>205</sup> im Rahmen von Substitutionsbehandlungen und Verschreibungen im Wesentlichen nur für den Widerruf relevant, weil der Täter für diese Delikte bereits approbiert sein muss. Es bleibt für die Rücknahme daher nur der Fall der Deliktsverwirklichung im Rahmen der praktischen Ausbildung, wenn dem Auszubildenden dabei die Möglichkeit zu einem derartigen Fehlverhalten eröffnet wird (beispielsweise durch Zugang zu dem Medikamentenvorrat in einer Klinik).

Ferner könnten vor der Approbation stattgefunden Verstöße im privaten Bereich als Beleg für einen allzu sorglosen Umgang mit Betäubungsmitteln dienen. Insbesondere wenn sie in großer Zahl begangen wurden, könnte dies den Schluss auf die Unwürdigkeit nahelegen. Allerdings lässt der eigene Konsum nicht zwangsläufig den Schluss zu, dass der Betroffene auch andere widerrechtlich mit Betäubungsmitteln versorgt. In solchen Fällen ist daneben allerdings auch der Rücknahmegrund nach § 5 Abs. 1 S. 2 iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BÄO im Blick zu behalten. Denn bei Betäubungsmittelverstößen in großer Anzahl wird häufig auch eine Suchterkrankung vorliegen, sodass der Betroffene aus gesundheitlicher Sicht nicht für den Arztberuf geeignet ist.

### (cc) Steuervergehen

Bei einfachen Steuervergehen, die lediglich einen Strafbefehl zur Folge haben, ist mangels Berufsbezogenheit nicht von der Unwürdigkeit auszugehen.<sup>206</sup> Anders liegt es bei einer schwerwiegenden Steuerhinterziehung, da hier der hohe Unrechtsgehalt die mangelnde Berufsbezogenheit in den Hintergrund treten lässt.<sup>207</sup> Auch diese Delikte werden kaum als Rücknahmegründe in Frage kommen. Denn in der Regel wird der Behandelnde vor seiner Approbation noch nicht mit Steuerforderungen in entsprechender Höhe belastet sein, sodass er zur Begehung schwerwiegender Steuerhinterziehungen noch keinen Anreiz hat.

---

<sup>203</sup> OVG Lüneburg, GesR 2014, 183 (188) Rn. 34; VG München, BeckRS 2012, 47410; VG München, BeckRS 2016, 49362; siehe ferner auch VGH München, NJW 1985, 2211.

<sup>204</sup> Betäubungsmittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. März 1994 (BGBl. I S. 358), das zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 2. Juli 2018 (BGBl. I S. 1078) geändert worden ist.

<sup>205</sup> Betäubungsmittel-Verschreibungsverordnung vom 20. Januar 1998 (BGBl. I S. 74, 80), die zuletzt durch Artikel 2 der Verordnung vom 2. Juli 2018 (BGBl. I S. 1078) geändert worden ist.

<sup>206</sup> OVG Münster, Urteil vom 25.5.1993 – 5 A 2679/91 –, juris. Rn. 16 ff.

<sup>207</sup> OVG Lüneburg, GesR 2010, 101; VGH München, BeckRS 2013, 53643 Rn. 15; VG München, BeckRS 2016, 56093 Rn. 14 (zur Parallelnorm im ZHIG).

## (dd) Fahrlässigkeitsdelikte

Keine Unwürdigkeit liegt schließlich bei fahrlässig begangenen Delikten vor. Die Lauterkeit der Ärzteschaft verlangt nicht, dass Ärzte keine Fehler machen.<sup>208</sup> Etwas anderes kann gelten, wenn der Fahrlässigkeitsvorwurf letztlich Ausdruck eines grundsätzlichen Mangels ist, der wiederum zu einem Ansehensverlust der Ärzteschaft führen kann. Dafür ist eine sorglose bzw. gewissenlose Grundeinstellung des Betroffenen erforderlich, die sich beispielsweise dergestalt äußern kann, dass er – entgegen seines medizinischen Sachverstandes – eine notwendige Untersuchung unterlässt. Eine Häufung von Pflichtverletzungen kann den Verdacht einer fahrlässigen Grundeinstellung ebenfalls erhärten.<sup>209</sup> Im Falle eines gesteigerten Fahrlässigkeitsvorwurfs reicht aber auch eine einmalige Pflichtverletzung aus. Das gilt beispielsweise, wenn ein Behandlungsfehler auf dem Konsum von Betäubungsmitteln während der Behandlung beruht.<sup>210</sup>

## (4) Objektiver Beurteilungsmaßstab

Die Frage des Ansehens- und Vertrauensverlustes ist aus einer objektiven Perspektive zu beantworten, weil die Rücknahme wegen Unwürdigkeit zum Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Ärzteschaft erfolgt. Keine Rolle spielt es daher, ob sich dieser tatsächlich bei den einzelnen Patienten niedergeschlagen hat. Der Behandelnde kann der Unwürdigkeit also nicht entgegenhalten, dass seine Patienten ihn offenbar weiterhin für würdig halten, weil sie ihn noch immer konsultieren.<sup>211</sup> Auch spielt es keine Rolle, ob das Verhalten des Arztes der Öffentlichkeit überhaupt bekannt geworden ist. Es reicht aus, wenn das Verhalten abstrakt dazu geeignet ist, einen Ansehens- und Vertrauensverlust herbeizuführen.<sup>212</sup> Dem wird das Telos der Vorschrift entgegengehalten, das insbesondere darin liegt, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Ärzteschaft zu schützen. In Fällen, die nicht an die Öffentlichkeit treten, sei dieses Vertrauen nicht in Gefahr, sodass ein Entzug wegen Unwürdigkeit nicht erforderlich ist.<sup>213</sup> Jedoch muss die Behörde auch schon gegen unwürdiges Verhalten einschreiten können, wenn es noch (!) nicht publik geworden ist. Nur so kann verhindert werden, dass ein späteres Bekanntwerden einen noch viel größeren Vertrauensverlust nach sich zieht, weil die

---

<sup>208</sup> Braun/Gründel, MedR 2001, S. 396 (399); Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 26; siehe auch VG Augsburg, BeckRS 2016, 112552 Rn. 24.

<sup>209</sup> VG Leipzig, MedR 2000, 336 (339).

<sup>210</sup> VGH Mannheim, NJW 1991, 2366.

<sup>211</sup> BVerwG, BeckRS 2003, 21631; OVG Münster, BeckRS 2003, 20312 (Vorinstanz zu der vorstehenden Entscheidung); VGH Mannheim, NJW 2010, 692.

<sup>212</sup> BVerwG, BeckRS 2003, 21631; VG Gelsenkirchen, BeckRS 2009, 41435; VGH München, BeckRS 2013, 53643 Rn. 15; VG Köln, GesR 2014, 368 (370); VG München, BeckRS 2016, 49362 unter 2.; VG München, BeckRS 2017, 132574 Rn. 27; ebenso Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 32.

<sup>213</sup> VGH Mannheim, NJW 1991, 2366 (2368); VG Leipzig, MedR 2000, 336 (339); OVG Münster, MedR 2003, 694 (696); NJW 2003, 1888 (1889); ebenso Braun/Gründel, MedR 2003, S. 396 (401).

Approbationsbehörde trotz Kenntnis des Fehlverhaltens nicht tätig geworden ist.<sup>214</sup>

Darüber hinaus würde es ansonsten vom Zufall abhängen, ob ein Fehlverhalten die Unwürdigkeit nach sich zieht.<sup>215</sup>

Schließlich hängt der Begriff der Unwürdigkeit nicht von den individuellen Lebensumständen des Betroffenen im Einzelfall ab.<sup>216</sup> Für ältere Ärzte kann beispielsweise kein anderer Maßstab angelegt werden als für jüngere.<sup>217</sup> Ist der Behandelnde bereits im fortgeschrittenen Lebensalter und wird ihm eine berufliche Neuorientierung schwerfallen, kann allenfalls im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden, ob die Unwürdigkeit tatsächlich die Rücknahme nach sich zieht.

Für die Rücknahme bedeutet dies, dass die Frage der Unwürdigkeit aus einer objektiven *ex ante*-Perspektive zu betrachten ist. Die Behörde muss sich die Frage stellen, ob sie bei Kenntnis des Fehlverhaltens zum Zeitpunkt der Approbation die Unwürdigkeit des Betroffenen angenommen hätte. Nachträgliche Erkenntnisse sind für die Frage der Unwürdigkeit selbst nicht zu beachten. Sie können aber im Rahmen der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden.

#### bb. Unzuverlässigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung, § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 BÄO

Die Feststellung der Unzuverlässigkeit erfolgt im Gegensatz zur Unwürdigkeit aufgrund einer Prognoseentscheidung.<sup>218</sup> Dabei ist wie bei der Frage der Unwürdigkeit eine *Ex ante*-Betrachtung vorzunehmen. Die Behörde muss sich die Frage stellen, ob sie bei Kenntnis der relevanten Tatsachen zum Zeitpunkt der Approbationserteilung die Prognose aufgestellt hätte, dass der Betroffene gegen ärztliche Berufspflichten verstoßen wird. Da es sich bei der Unzuverlässigkeit um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, unterliegt deren Feststellung der vollständigen gerichtlichen Überprüfbarkeit. Eine Einschätzungsprärogative kommt der Behörde folglich nicht zu.<sup>219</sup>

Von Unzuverlässigkeit ist auszugehen, wenn mit Blick auf seine bisherige Verhaltensweise die Befürchtung besteht, dass der Behandelnde in Zukunft berufs-

---

<sup>214</sup> Ähnlich BVerwG, BeckRS 2003, 21187; VGH München, BeckRS 2007, 36996 unter II. (zur Parallelnorm im PsychThG); ebenso Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 32.

<sup>215</sup> BVerwG, BeckRS 2003, 21187; VG Freiburg, BeckRS 2007, 25306 unter I.; VGH München, MedR 2011, 594 (595) Rn. 23; VG München, BeckRS 2012, 47410.

<sup>216</sup> BVerwG, NJW 1999, 3425 (3426); VGH München, BeckRS 2007, 29565; VG Köln, BeckRS 2017, 113325 Rn. 40; VG München, BeckRS 2017, 132574 Rn. 30; ebenso Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 97; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO, Rn. 31.

<sup>217</sup> VG Köln, BeckRS 2017, 113325 Rn. 40.

<sup>218</sup> BVerwG, NJW 1991, 1557; NVwZ-RR 1996, 477; NJW 1998, 2756 (2758); VGH Mannheim, NJW 2010, 692 (694); OVG Münster, MedR 2009, 751 (752); ebenso *Schimy*, § 3 BÄO Rn. 12a; Ehlers/Brogie/*Günter*, Arzthaftungsrecht, Rn. 934; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO, Rn. 16; Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 80.

<sup>219</sup> VGH München, BeckRS 2007, 29565; Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 7.

spezifische Pflichten nicht beachten wird.<sup>220</sup> Dazu sind die gesamte Persönlichkeit des Betroffenen sowie seine Lebensumstände zu berücksichtigen.<sup>221</sup> Für die Prognose reichen weder leichte Zweifel aus, noch ist absolute Gewissheit zu fordern. Es muss vielmehr die begründete Besorgnis bestehen, dass es zu berufsspezifischen Pflichtverletzungen kommen wird.<sup>222</sup> Anders als bei der Unwürdigkeit, die auch durch außerberufliches Fehlverhalten begründet werden kann, kommt es für die Unzuverlässigkeit also nur darauf an, ob der Behandelnde in Zukunft eine Berufspflicht verletzen wird. Die Frage der Unzuverlässigkeit ist enger mit der ärztlichen Berufstätigkeit verbunden als die der Unwürdigkeit.<sup>223</sup> Da eine solche Berufspflichtverletzung besonders nahe liegt, wenn es schon in der Vergangenheit zu derartigen Pflichtverstößen gekommen ist, sind zunächst diese Fälle zu betrachten.

#### (1) Verstoß gegen Berufspflichten

Hat der Behandelnde in der Vergangenheit gegen Berufspflichten verstoßen, kann für die Prognose auf die Art, Schwere und Zahl dieser Pflichtverstöße abgestellt werden.<sup>224</sup> Sie müssen den Schluss zulassen, dass auch in Zukunft mit schwerwiegenden Verstößen gegen Berufspflichten gerechnet werden muss. Besonders nahe liegt eine solche Prognose, wenn gegen ärztliche Pflichten mit grundsätzlichem Charakter verstoßen wurde.<sup>225</sup> Am gewichtigsten sind danach Pflichtverletzungen im Kernbereich der ärztlichen Tätigkeit, also bei der Behandlung von Patienten.<sup>226</sup> Darüber hinaus kann aber auch die Verletzung sonstiger Berufspflichten die Unzuverlässigkeit zur Folge haben.

Allerdings ist die Behörde nicht auf die Prognose beschränkt, dass in Zukunft gleiche oder ähnliche Berufspflichten verletzt werden. Vielmehr kann sie aus schwerwiegendem Fehlverhalten eine grundsätzliche Sorg- und Bedenkenlosigkeit bezogen auf die beruflichen Pflichten folgern, die die Annahme rechtfertigen, der Behandelnde werde in Zukunft auch solche Berufspflichten verletzen, die er bislang eingehalten hatte.<sup>227</sup>

Den praktisch bedeutsamsten Fall der Unzuverlässigkeit bildet der Abrechnungsbetrug zulasten der Krankenkassen.<sup>228</sup> Die mit dem Abrechnungsbetrug

---

<sup>220</sup> BVerwG, NJW, 1991, 1557; NJW 1998, 2756 (2758).

<sup>221</sup> BVerwG, NVwZ-RR 1996, 477; NJW 1998, 2756 (2758); NJW 2003, 913 (914) (zur Parallelregelung in der BApO).

<sup>222</sup> OVG Koblenz, NJW 1990, 1553 (1554).

<sup>223</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 5 Rn. 33.

<sup>224</sup> BVerwG, NJW 1998, 2756 (2758); NJW 2003, 913 (zu der Parallelvorschrift in der BApO); OVG Münster, BeckRS 2009, 38589; Spickhoff/*Schelling*, § 5 Rn. 34.

<sup>225</sup> BVerwG, NJW 2003, 913 (914) (zu Parallelregelungen in der BApO).

<sup>226</sup> OVG Münster, MedR 2003, 694 (695).

<sup>227</sup> BVerwG, NJW 2003, 913 (914) (zu Parallelregelungen in der BApO).

<sup>228</sup> BVerwG, NJW 1991, 1557; NVwZ-RR 1996, 477; NJW 1998, 2756; NJW 2003, 913 (zu der Parallelvorschrift der BApO); OVG Koblenz, NJW 1990, 1553; OVG Münster, MedR 1989, 52; MedR 1992, 294 (zur Parallelvorschrift aus dem ZHG).

verbundene Schädigung des sozialversicherungsrechtlichen Gesundheitssystems trifft mittelbar auch die Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung. Denn wenn Gelder für Leistungen ausgezahlt werden, die überhaupt nicht vorgenommen worden sind oder nicht erforderlich waren, so fehlen diese Mittel letztlich an anderer Stelle. Die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkassen stellt einen wesentlichen Grundpfeiler des Gesundheitssystems dar. Trägt der Behandelnde durch Abrechnungsbetrügereien in großem Umfang seinen Teil dazu bei, dass die Finanzierung der Krankenkassen gefährdet wird, liegt darin eine schwerwiegende Verletzung seiner Berufspflichten.<sup>229</sup> Bei einer nicht indizierten Behandlung ist die Gesundheit des Einzelnen zudem unmittelbar betroffen, sodass von einem Fehlverhalten im ärztlichen Kernbereich auszugehen ist.

Zu beachten ist hier insbesondere, dass die korrekte Abrechnung der Ärzte durch die Krankenkassen nur schwer zu kontrollieren ist. Sie sind daher in besonderem Maße darauf angewiesen, dass sich die Vertragsärzte an ihre diesbezüglichen Berufspflichten halten und korrekt abrechnen. Missbraucht der Arzt dieses Abhängigkeitsverhältnis, rechtfertigt dies die prognostische Entscheidung, dass er zur Erlangung eigener Vorteile auch weiterhin kriminelle Mittel nutzen wird.<sup>230</sup> Für eine solche Prognose ist keine absolute Gewissheit zu fordern, es reicht die begründete Sorge, dass der Behandelnde seinen ärztlichen Pflichten nicht gerecht werden wird. Im Zusammenhang mit Betrugsstraftaten ist eine solche Prognose insbesondere gerechtfertigt, weil der Hang zu solchen Straftaten regelmäßig keiner kurzfristigen Wandlung unterliegt.<sup>231</sup>

Auch der Verstoß gegen die Berufspflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung kann zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen. Zwar erfüllt diese Pflichtverletzung zunächst den Tatbestand der Ruhensanordnung nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 BÄO, sodass bei einem erstmaligen Verstoß aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zunächst nur dieses Aufsichtsmittel gerechtfertigt wäre.

Verstößt der Betroffene aber beharrlich gegen diese Pflicht, kann dies auch seine Unzuverlässigkeit begründen. Die Haftpflichtversicherung dient dem Schutz der Patienten, damit diese im Falle eines hohen Schadens durch einen Behandlungsfehler nicht dem Insolvenzrisiko des Behandelnden ausgesetzt sind. Setzt sich der Behandelnde fortgesetzt und trotz Aufforderung zum Abschluss einer Versicherung über dieses gewichtige Interesse seiner Patienten hinweg, rechtfertigt dies auch die Prognose, dass er sich auch in Zukunft über berechnete Patienteninteressen hinwegsetzen wird.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> Vgl. BVerwG, NJW 2003, 913 (914) (zu der Parallelvorschrift der BApO).

<sup>230</sup> OVG Koblenz, NJW 1990, 1553 (1554); vgl. auch BVerwG, NJW 2003, 913 (914) (zu der Parallelvorschrift der BApO).

<sup>231</sup> OVG Koblenz, NJW 1990, 1553 f.

<sup>232</sup> VG München, BeckRS 2017, 128215 Rn. 21 ff.; kritisch Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 37.

Eine hohe Praxisrelevanz haben zudem Fahrlässigkeitsstraftaten im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit. Bei einer Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung auf Grund eines Behandlungsfehlers ist zwar offenkundig, dass der Behandelnde massiv gegen ärztliche Sorgfaltspflichten verstoßen hat. Trotzdem ist der der Unzuverlässigkeit innewohnende Prognosecharakter zu beachten. Die Tatumstände müssen den Schluss zulassen, dass eine vergleichbare Sorgfaltspflichtverletzung wieder eintreten wird, wobei zunächst einmal viel dafürspricht, dass die straf- und zivilrechtlichen Sanktionen den Behandelnden dazu anhalten werden, sich in Zukunft sorgfältiger zu verhalten. Nur wenn die Umstände eine „*sorglose und gewissenlose Grundeinstellung*“ des Behandelnden nahelegen oder die Tat eine erhebliche kriminelle Energie erkennen lässt, kann die Prognose zu einem anderen Ergebnis kommen.<sup>233</sup>

Wie schon bei den Ausführungen zur Unwürdigkeit erwähnt, können Berufspflichtverletzungen im engeren Sinne denotwendig nicht zur Rücknahme der Approbation führen, weil es zu derlei Pflichtverletzungen erst nach der Approbation kommen kann. Denkbar wäre höchstens eine Konstellation, in der ein Arzt mit ausländischer Berufsausbildung zunächst in seinem Herkunftsstaat Berufspflichtverletzungen begeht und anschließend in Deutschland approbiert wird, ohne dass seine Verfehlungen bekannt werden.

## (2) Fehlverhalten im Rahmen der medizinischen Ausbildung

Neben den Verstößen gegen Berufspflichten im engeren Sinne kommt zur Begründung der Unzuverlässigkeit aber auch Verhalten in Betracht, das im weiteren Sinne im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufsausübung steht, wie etwa Verfehlungen, die der Behandelnde sich im Rahmen seiner medizinischen Ausbildung hat zu Schulden kommen lassen. Aufgrund der dann schon vorhandenen Nähe zu den späteren Berufspflichten kommt einem solchen Fehlverhalten für die Prognose ein größeres Gewicht zu, als eines im rein außerberuflichen Bereich.<sup>234</sup>

Dabei gilt, dass die Unzuverlässigkeit umso eher in Betracht kommt, je gewichtiger das Fehlverhalten ist. So werden kleinere Vergehen wie beispielsweise der einmalige Diebstahl von geringwertigen Sachen des Patienten noch nicht die Unzuverlässigkeit begründen können. Wird aber beispielsweise schon in der ärztlichen Ausbildung ein Hang erkennbar, die Hilflosigkeit des Patienten sowie die eigenen Fachkenntnisse zu sexuellen Handlungen auszunutzen, so rechtfertigt das die Prognose, dass es zu ähnlich schwerwiegenden Verfehlungen auch während der späteren Berufstätigkeit kommen wird. So wäre die Feststellung der Unzuverlässigkeit in Fall des Missbrauchs eines 12-Jährigen unter vorheriger Betäubung durch einen Medizinstudenten zu bejahen gewesen, wenn das Gericht sie im betreffenden Fall für entscheidungserheblich gehalten hätte. Der Nachweis einer erfolgreichen psychotherapeutischen Behandlung vermag hieran ob der besonde-

<sup>233</sup> VG Leipzig, MedR 2000, 336 (338 f.).

<sup>234</sup> Vgl. OVG Bremen, MedR 2003, 118 (119).



ren Qualität der Straftat nichts zu ändern.<sup>235</sup> Dies gilt umso mehr, weil das Rückfallrisiko für Sexualstraftäter extrem hoch ist.<sup>236</sup>

### (3) Fehlverhalten außerhalb des beruflichen Bereichs

Die Unzuverlässigkeit kann sich auch aus einem Fehlverhalten in der Vergangenheit ergeben, das nichts mit dem beruflichen Tätigkeitsfeld des Behandelnden zu tun hat.<sup>237</sup> Die Unzuverlässigkeit ist etwa dann zu bejahen, wenn das außerberufliche Fehlverhalten einen Hang zur Missachtung der Rechtsordnung und eine gewisse kriminelle Energie offenbart. Dass diese Feststellungen nach dem Gesagten auch die Unwürdigkeit des Betroffenen begründen können, verdeutlicht den engen Zusammenhang zwischen beiden Tatbestandsmerkmalen, die sich häufig überschneiden werden.<sup>238</sup> So wird ein Verhalten, welches geeignet ist, das Ansehen und das Vertrauen der Patienten in die Ärzteschaft zu verringern, in vielen Fällen auch die Prognose rechtfertigen, dass der Betroffene auch in Zukunft seine Berufspflichten verletzen wird.

Anknüpfungspunkt für die Unzuverlässigkeit kann zum einen die Anzahl der Gesetzesübertritte sein, zum anderen ist auch die erkennbare innere Einstellung des Betroffenen zu seinen Taten zu berücksichtigen. Von Unzuverlässigkeit ist beispielsweise auszugehen, wenn der Betroffene eine ganze Reihe von Straftaten begangen hat und sich in der Folge auch nicht von diesen distanziert, sondern jegliche Einsicht in die Unrechtmäßigkeit seines Verhaltens vermissen lässt.<sup>239</sup>

Dagegen wurde der erforderliche Hang zur Missachtung der Rechtsordnung bei wiederholtem Fahren unter Alkoholeinfluss verneint.<sup>240</sup> Hauptgrund war eine längere Wohlverhaltensphase, auf deren Relevanz im Folgenden eingegangen wird.

## cc. Kompensation durch Wohlverhaltensphasen

Sowohl bei der Prüfung der Unwürdigkeit als auch bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit kann die Frage aufkommen, inwieweit das Fehlverhalten des Betroffenen wieder ausgeglichen werden kann. Eine Kompensation könnte sich daraus

---

<sup>235</sup> Siehe hierzu OVG Bremen, MedR 2003, 118 (zur Parallelnorm im ZHG), wo das Gericht die Frage der Unzuverlässigkeit offenlassen konnte. Wie hier Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 10.

<sup>236</sup> <https://www.sueddeutsche.de/politik/neue-studie-rueckfallrisiko-fuer-sexualtaeter-extrem-hoch-1.777837> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020]; vgl. auch das im gleichen Fall ergangene Urteil des VG Frankfurt, MedR 2004, 695 (697), wonach gegenüber solchen Tätern ein „*besonderes Misstrauen*“ besteht. Ferner hatte der Behandelnde die „*Tendenz, die abgeurteilte Tat mit auffallender Gleichgültigkeit zu bagatellisieren unter Inanspruchnahme einer für ihn vermeintlich günstigen Expertenmeinung, ohne sich auch nur ansatzweise mit sexualwissenschaftlichen Gegenpositionen auseinander zu setzen*“.

<sup>237</sup> BVerwG, BeckRS 1960, 31321060 aE im Umkehrschluss; VGH Kassel, NJW 1986, 2390 (2391); VGH Mannheim, NJW 1987, 1502; OVG Koblenz, NJW 1990, 1553; OVG Münster, MedR 2003, 694 (695) (zu der Parallelnorm im ZHG).

<sup>238</sup> BVerwG, NJW 1993, 806; VGH München, BeckRS 2007, 29565.

<sup>239</sup> VGH Mannheim, NJW 1987, 1502 (1503).

<sup>240</sup> OVG Münster, MedR 2003, 694 (696).

ergeben, dass der Betroffene sich über einen längeren Zeitraum nach der Verfehlung korrekt verhalten hat und somit eine Abkehr von seinem früheren Verhalten stattgefunden hat.

Die Frage der Unwürdigkeit wird bei der Rücknahme für den Zeitpunkt der Approbationserteilung gestellt. Es ist also gerade nicht auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem das Fehlverhalten geschah, das die Unwürdigkeit begründet. Zwischen dem Fehlverhalten und der Approbationserteilung kann also ein beträchtlicher Zeitraum liegen. Fraglich ist, ob sich ein Wohlverhalten in dieser Zeit bei der Beurteilung der Unwürdigkeit positiv auswirkt. Dazu müsste ein Verhalten an den Tag gelegt werden, das geeignet ist, den Vertrauens- und Ansehensverlust entweder abzuschwächen oder vollständig zu kompensieren. Um den Vertrauens- und Ansehensverlust auszugleichen, muss der Betroffene ein Verhalten an den Tag legen, aus dem sich trotz des Fehlverhaltens insgesamt das Bild einer lautereren Persönlichkeit ergibt.

Dabei ist zu differenzieren: Ein Wohlverhalten während eines laufenden Ermittlungsverfahrens wird in den meisten Fällen ohnehin vorliegen, weil der Betroffene bereits in das Blickfeld der Staatsanwaltschaft gerückt ist und keine weiteren Gründe für eine Strafverfolgung liefern will. Man wird daher nicht ohne weiteres auf eine tatsächliche Wandelung der inneren Einstellung des Betroffenen schließen können.<sup>241</sup> Anders liegt es dagegen, wenn dem Betroffenen für einen Zeitraum ein Wohlverhalten zu attestieren ist, in dem noch niemand Kenntnis von dem Fehlverhalten hatte. Ohne den Druck eines laufenden Ermittlungsverfahrens kann eher davon ausgegangen werden, dass das Wohlverhalten aus einer tatsächlichen Änderung der inneren Einstellung resultiert.

Je nach Art des Fehlverhaltens und der Länge einer solchen Wohlverhaltensperiode kann es dann durchaus zu einer Kompensation kommen. Allerdings ist bei der Entscheidung hierüber der jeweilige Einzelfall genau zu betrachten: So hat das Verwaltungsgericht Regensburg die Unwürdigkeit in einem Fall verneint, in dem die Betroffene mehrfach Betrugsdelikte ohne Berufsbezug begangen hatte und diese bei der strafrechtlichen Verurteilung schon ca. 4 ½ bis 8 ½ Jahre zurücklagen.<sup>242</sup> Andererseits kann ein besonders schwerwiegendes Fehlverhalten nicht allein durch Zeitablauf kompensiert werden. Das gilt beispielsweise für den Fall, dass der Betroffene seine ärztliche Stellung dazu ausnutzt, um heimlich und gegen den Willen der Frau einen Schwangerschaftsabbruch herbeizuführen.<sup>243</sup>

Darüber hinaus ist noch die Wohlverhaltensphase zwischen Approbationserteilung und Behördenentscheidung über die Rücknahme von Bedeutung. Für die Frage der Unwürdigkeit spielt sie zwar keine Rolle, weil dazu wie gesehen nur auf

<sup>241</sup> So zu einer Wohlverhaltensphase im Fall des Widerrufs: VG Hannover, BeckRS 2014, 56575; VGH München, BeckRS 2017, 132574 Rn. 25; a.A.: OVG Münster, BeckRS 2009, 38589; MedR 2003, 694 (696); ebenso *Krajczyk*, GesR 2009, S. 350 (354) und passim.

<sup>242</sup> Siehe VG Regensburg, MedR 2017, 64 (67), allerdings wird nicht klar, wie lang der Zeitraum vor der behördlichen Kenntniserlangung tatsächlich war.

<sup>243</sup> VG Gelsenkirchen, BeckRS 2009, 41435.

den Zeitpunkt des Fehlverhaltens abgestellt wird. Allerdings ist sie im Rahmen der Ermessenausübung zu berücksichtigen. Die Ermessensentscheidung über die Rücknahme in § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO beruht nämlich letztlich auf der Erwägung, dass sich an den Rücknahmegründen nach Erteilung der Approbation etwas geändert haben kann.<sup>244</sup> Hat der Betroffene also sein ursprüngliches Fehlverhalten durch positive Verhaltensweisen ausgeglichen, ist das über diesen „Umweg“ bei der Rücknahme zu berücksichtigen.

Schließlich ist noch eine Wohlverhaltensphase im Anschluss an die Behördenentscheidung über die Rücknahme beachtlich. Diese ist aber nur für die Frage der Wiedererteilung der Approbation nach § 8 BÄO relevant.<sup>245</sup> Dabei beginnt die zu berücksichtigende Wohlverhaltensphase erst mit dem Zeitpunkt, in dem die gerichtliche Entscheidung unanfechtbar wird.<sup>246</sup>

Bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit gelten diese Grundsätze ebenfalls. Auch hier kann sich ein Wohlverhalten je nach Schwere des Fehlverhaltens grundsätzlich positiv auf die Prognoseentscheidung auswirken.<sup>247</sup> Dabei ist wieder zwischen verschiedenen Zeiträumen zu unterscheiden:

Im Rahmen der *Ex ante*-Prognose ist nur Wohlverhalten zu berücksichtigen, das der Behandelnde in der Zeit zwischen dem Fehlverhalten und der Approbationserteilung an den Tag gelegt hat. Auch hierbei ist wieder zu differenzieren. Ist das Fehlverhalten bereits bekannt geworden und hatte es seinerzeit sogar schon ein Ermittlungsverfahren zur Folge, ist das Wohlverhalten währenddessen eine Selbstverständlichkeit und kein Ausdruck besonderer Läuterung.<sup>248</sup> Anderes muss aber gelten, wenn die Wohlverhaltensphase einen Zeitraum betrifft, in dem der Behandelnde die ihm zur Last gelegte Handlung zwar schon begangen hat, diese aber nicht behördlich bekannt geworden ist. Verletzt der Behandelnde eine Verhaltenspflicht und lässt sich dann über einen Zeitraum von mehreren Jahren ohne den Druck eines behördlichen Verfahrens keine weiteren Verfehlungen zu Schulden kommen, wäre die Prognose weiterer Pflichtverletzungen kaum noch zu rechtfertigen.

Unstreitig keine Rolle spielt auch hier ein Wohlverhalten nach dem Abschluss des behördlichen Verfahrens über die Rücknahme, weil es auf die Behördenentscheidung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens an-

---

<sup>244</sup> Siehe hierzu unter § 2 I. 3. c.

<sup>245</sup> VG Regensburg, MedR 2017, 64 (67).

<sup>246</sup> VG Freiburg, BeckRS 2007, 25306.

<sup>247</sup> OVG Münster, BeckRS 2009, 38589.

<sup>248</sup> VGH München, Beschluss vom 24. Oktober 1988 – 21 B 88.00762 –, juris; vgl. auch VG Hannover, BeckRS 2014, 56575; VGH München, BeckRS 2017, 132574; a.A. *Krafczyk*, GesR 2009, S. 350 (354) und passim; für die Prognose berücksichtigen ein Wohlverhalten in diesem Zeitraum auch OVG Münster, MedR 2003, 694 (696); BeckRS 2009, 38589.

kommt.<sup>249</sup> Dieses ist lediglich bei der Frage der Wiedererteilung der Erlaubnis zu beachten.<sup>250</sup>

Eine Wohlverhaltensphase nach der Approbation ist für die Frage der Unzuverlässigkeit nicht mehr zu berücksichtigen. Ob die *Ex ante*-Prognose sich als zutreffend herausgestellt hat, ist aber bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.<sup>251</sup>

Allerdings stellt sich bei der Frage der Kompensation ein Problem, das wiederum der besonderen Situation bei der Rücknahme entspringt. Gemeinhin wird die Wohlverhaltensphase in Fällen des Widerrufs thematisiert, in denen der Arzt ein die Unwürdigkeit begründendes Verhalten an den Tag gelegt hat, danach aber bis zur Behördenentscheidung noch ärztlich tätig war und sich dabei kein weiteres Fehlverhalten zu Schulden hat kommen lassen.<sup>252</sup> Mit anderen Worten: Der Arzt konnte sich im Beruf bewähren.<sup>253</sup> Im Falle der Rücknahme ist das aber gar nicht möglich, weil der Betroffene zwischen Fehlverhalten und Approbation noch gar nicht ärztlich tätig gewesen sein kann. In Betracht kommt daher in der Regel nur ein Wohlverhalten im privaten Umfeld ohne Berufsbezug, welches weniger gewichtig ist als ein solches innerhalb der ärztlichen Tätigkeit. Auf den ersten Blick ist ein solches Wohlverhalten weniger geeignet, ein Fehlverhalten zu kompensieren.

Jedoch ist nach dem oben Gesagten ein privates Fehlverhalten bei der Beurteilung der Unwürdigkeit bzw. Unzuverlässigkeit auch weniger gewichtig als ein berufsbezogenes Fehlverhalten.

Dann kann ein Fehlverhalten im privaten Bereich denknotwendig auch durch ein Wohlverhalten im privaten Bereich ausgeglichen werden. Auch im Rahmen der Rücknahme ist daher eine Kompensation möglich.

dd. Mangelnde Eignung aus gesundheitlicher Sicht,  
§ 5 Abs. 1 S. 2 iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BÄO

Mit Blick auf den Rücknahmegrund der mangelnden gesundheitlichen Eignung für den Arztberuf ist ein gesundheitlicher Mangel erforderlich, der die Ausübung ärztlicher Tätigkeiten unmöglich macht oder zumindest stark erschwert.<sup>254</sup> Es ist danach zu fragen, ob der Behandelnde in der Lage ist, dem ärztlichen Beruf nachzugehen, ohne seine Patienten zu gefährden.<sup>255</sup> Zu verneinen ist dies beispielsweise

<sup>249</sup> BVerwG, NJW 1999, 3425 (3426); wie hier Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 35.

<sup>250</sup> BVerwGE 105, 214 (222); VGH München, MedR 1991, 94 (95); OVG Münster, MedR 1992, 294.

<sup>251</sup> Siehe dazu unter § 2 II. 1. b. aa).

<sup>252</sup> Siehe Fn. 241.

<sup>253</sup> *Krafczyk*, GesR 2009, S. 350 (353) stellt diesen Aspekt der Bewährung im Beruf als wesentlich im Rahmen der Wohlverhaltensphase dar.

<sup>254</sup> Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 85.

<sup>255</sup> AG Gelsenkirchen, BeckRS 2007, 23569; OVG Sachsen-Anhalt, MedR 2000, 239 (240); VGH Mannheim, NJW 1992, 1582 (zur Ruhensanordnung nach § 6 BÄO).

se bei Taubheit, starker Schwerhörigkeit oder Stummheit,<sup>256</sup> weil die komplikationslose Kommunikation mit dem Patienten von hoher Bedeutung für eine erfolgreiche Behandlung ist.

Allerdings besteht in solchen Fällen die Möglichkeit, dem Betroffenen eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 2 BÄO zu gewähren. Eine solche berechtigt ebenso wie die Approbation zur Ausübung der Heilkunde, kann aber – anders als die Approbation<sup>257</sup> – auf bestimmte Tätigkeiten beschränkt erteilt werden. Mithilfe dieser beschränkten Erlaubnis könnte beispielsweise sichergestellt werden, dass der Behandelnde bei Aufklärungsgesprächen durch eine weitere Person unterstützt wird. In Betracht käme auch die Beschränkung auf die Arbeit als Gutachter ohne Patientenkontakt.<sup>258</sup>

Die mangelnde gesundheitliche Eignung muss zum Zeitpunkt der Approbationserteilung vorgelegen haben. Hat sich durch Zeitablauf etwas geändert und ist der Betroffene nunmehr aus gesundheitlicher Sicht wieder für den Arztberuf geeignet, so ist dies in der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.

Praktisch bedeutsam sind vor allem Suchterkrankungen, die häufig einen Widerruf der Approbation begründen. So kann aus einer Alkoholsucht regelmäßig der Rückschluss gezogen werden, dass der Betreffende für den ärztlichen Beruf nicht geeignet ist.<sup>259</sup> Denn von einem suchtkranken Behandelnden geht latent die Gefahr aus, dass er die ärztliche Tätigkeit unter Alkoholeinfluss ausführt und damit seine Patienten gefährdet.<sup>260</sup> Allerdings verbietet sich hier jede Pauschalität. Es ist immer genau zu prüfen, ob tatsächlich noch eine Suchterkrankung vorliegt. Der Verwaltungsgerichtshof München<sup>261</sup> hat beispielsweise eine die gesundheitliche Eignung ausschließende Suchterkrankung in einem Fall verneint, in dem der Mediziner sich einer transdermalen Opioidtherapie (Aufnahme des Schmerzmittels über ein Pflaster) unterzog. Aus einer früheren Opiat- oder Opioidabhängigkeit könne nicht zwangsläufig der Schluss gezogen werden, dass auch später noch eine Suchterkrankung vorliege. Auch die Therapie selbst führe nicht zu einer mangelnden gesundheitlichen Eignung.

Der gesundheitliche Mangel muss keinen Krankheitswert besitzen. Es reicht aus, wenn der Betroffene in körperlicher Hinsicht nicht in der Lage ist, den ärztlichen Beruf auszuführen.<sup>262</sup> So hat das Oberverwaltungsgericht Lüneburg einen Approbationswiderwurf als rechtmäßig bewertet, weil ein Allgemeinmediziner altersbedingt nicht mehr in der Lage war, den Anforderungen an den ärztlichen Beruf gerecht zu werden.<sup>263</sup>

---

<sup>256</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 11.

<sup>257</sup> Siehe BVerwG, NJW 1999, 1798.

<sup>258</sup> Siehe Narr/*Haage*, B-II 1 Rn. 17.

<sup>259</sup> OVG Münster, MedR 2005, 102 (104); ebenso *Haage*, BÄO, § 5 Rn. 2.

<sup>260</sup> OVG Sachsen-Anhalt, MedR 2000, 239 (240).

<sup>261</sup> VGH München, BeckRS 2018, 7795 Rn. 10 f.

<sup>262</sup> Narr/*Haage*, B-II 1 Rn. 18.

<sup>263</sup> OVG Lüneburg, BeckRS 2007, 20932.

Neben der besonderen Schwere ist erforderlich, dass der Mangel von nicht nur vorübergehender Natur ist.<sup>264</sup> Ist der gesundheitliche Mangel kein dauerhafter Zustand muss die Approbationsbehörde zunächst als milderer Mittel das Ruhen der Approbation nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BÄO anordnen.<sup>265</sup>

Folglich ist auch dieser Rücknahmegrund letztlich von einer Prognose darüber abhängig, ob sich der Zustand des Behandelnden in absehbarer Zeit bessert.<sup>266</sup> In aller Regel wird sich die Behörde dazu eines Sachverständigen bedienen.<sup>267</sup> Problematisch sind Fälle, in denen ein gesundheitlicher Mangel schubweise auftritt, sodass der Betroffene zu mancher Zeit symptomfrei ist und den gesundheitlichen Anforderungen genügt, zu einem anderen Zeitpunkt aber wiederum eine Gefahr für die Patienten darstellt. Jedenfalls wenn der Betroffenen sich der Diagnose krankheitsbedingt verschließt, ist insgesamt von einer mangelnden Eignung auszugehen. Etwas anderes kann aber gelten, wenn er seine teilweise fehlende Eignung anerkennt und hierauf angemessen reagiert, indem er beispielsweise seine Berufsausübung währenddessen unterbricht.<sup>268</sup> Gleiches gilt, wenn er seine gesundheitliche Eignung durch eine angemessene Behandlung wiederherstellt. So hat das Verwaltungsgericht München die gesundheitliche Eignung eines Arztes, der an einer schizoaffektiven Störung litt, aber seine Eignung mittels einer medikamentösen Behandlung sowie einer ambulanten psychiatrische Therapie sicherte, bejaht.<sup>269</sup>

Als Rücknahmegrund kommen gesundheitliche Mängel nur ausnahmsweise in Betracht.<sup>270</sup> Das liegt daran, dass der Antragssteller im Rahmen des Approbationsverfahrens gem. § 39 Abs. 1 Nr. 6 ÄApprO bzw. § 3 Abs. 6 Nr. 4 BÄO auch seine gesundheitliche Eignung nachweisen muss. Eine schwerwiegende körperliche Beeinträchtigung wird in der Regel schon durch den untersuchenden Arzt festgestellt werden. Auch kann die mangelnde gesundheitliche Eignung schon während des Studiums dazu führen, dass der Betroffene die Zulassung zur ärztlichen Prüfung versagt wird, § 11 Nr. 4 ÄApprO iVm. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BÄO.

Anders liegt der Fall bei körperlichen Mängeln, die nicht auf den ersten Blick erkennbar sind. So könnte eine erst nach Approbationserteilung erkannte Suchtkrankheit grundsätzlich einen Rücknahmegrund darstellen. Zu beachten ist aber, dass zumindest bei einer fortgeschrittenen Suchtkrankheit auch äußerliche Anzeichen hierfür sichtbar werden. Ferner wird der beurteilende Arzt eine Sucht auch anhand einer Blutuntersuchung erkennen können. Eine Suchterkrankung wird folglich mit hoher Wahrscheinlichkeit schon vor Erteilung der Approbation ent-

---

<sup>264</sup> Heidelberger Kommentar/*Haage*, Nr. 160 Rn. 47.

<sup>265</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 6 BÄO Rn. 13.

<sup>266</sup> Siehe auch VG Minden, BeckRS 2005, 30377 (zu der Parallelregelung im ZHG).

<sup>267</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 3 BÄO Rn. 12.

<sup>268</sup> AG Gelsenkirchen, BeckRS 2007, 23569.

<sup>269</sup> VG München, BeckRS 2017, 129890.

<sup>270</sup> Eine Rücknahme wegen mangelnder gesundheitlicher Eignung ist soweit ersichtlich noch nicht vorgekommen.

deckt, sodass es gar nicht zu einer Rücknahme kommen muss. Ausnahmen sind denkbar, wenn der untersuchende Arzt die Erkrankung nicht bemerkt. Allerdings wird in solchen Fällen häufig der Nachweis schwerfallen, dass die Sucht schon bei Erteilung der Approbation vorgelegen hat. Daher wird es in diesen Fällen eher zu einem Widerruf kommen.

Eine Rücknahme kommt jedoch in Betracht, wenn die fehlende gesundheitliche Eignung in einer äußerlich schwer erkennbaren psychischen Erkrankung begründet ist, von der selbst der Betroffene unter Umständen keine positive Kenntnis hatte, weil schlicht noch keine entsprechende Diagnose gestellt wurde.

*b. Mangelnder gleichwertiger Ausbildungsstand oder mangelnder Nachweis eines gleichwertigen Kenntnisstandes nach Abs. 1 S. 3*

aa. § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO – Fehlende Gleichwertigkeit

Die fakultativen Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 S. 3 BÄO betreffen wiederum die Fälle ausländischer Ausbildungsabschlüsse. Anders als im Rahmen der obligatorischen Rücknahmegründe für diese Approbationen, haben sie aber nicht den Fall der nicht abgeschlossenen Mediziner Ausbildung zum Gegenstand. Vielmehr besteht ein Rücknahmeermessen, wenn der gleichwertige Ausbildungsstand gegenüber der deutschen Mediziner Ausbildung nicht gegeben war, § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO. Geht die Approbationsbehörde also zunächst von einem gleichwertigen Ausbildungsstand aus, stellt sich später aber heraus, dass es sich dabei um eine Fehleinschätzung gehandelt hat, kann sie die Approbation zurücknehmen.

Diese Fallgruppe ist aus folgenden Gründen durchaus relevant: Die Überprüfung der Gleichwertigkeit stellt für die Approbationsbehörde eine schwierige Aufgabe dar. Dazu trägt zunächst schon die große Zahl an möglichen ausländischen Ausbildungsordnungen und die damit einhergehende erhebliche Sprachbarriere in vielen Fällen bei. Darüber hinaus sind auch ausländische Rechtsordnungen einem steten Wandel unterworfen, sodass sich die Beurteilung auch für solche Ausbildungsordnungen ändern kann, bei denen in der Vergangenheit bereits ein Vergleich stattgefunden hat.<sup>271</sup> Außerdem steht die Behörde vor dem Problem, die notwendigen Informationen über die ausländische Ausbildungsordnung überhaupt erst einmal zu beschaffen. Die zuständige Behörde ist daher im erhöhten Maße auf die Beurteilung durch Sachverständige, wie die Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen im Sekretariat der Kultusministerkonferenz (ZAB),<sup>272</sup> angewiesen, deren Hinzuziehung jedoch ihrerseits nicht unproblematisch ist. So

---

<sup>271</sup> Heidelberger Kommentar/*Haage*, Nr. 160 Rn. 90.

<sup>272</sup> Die Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen (ZAB) ist die zentrale Stelle für die Bewertung ausländischer Qualifikationen in Deutschland. Sie beantwortet nach eigenen Angaben jedes Jahr ca. 43.000 Anfragen. Siehe hierzu <https://www.kmk.org/zab/zentralstelle-fuer-auslaendisches-bildungswesen/ueber-die-zab.html> (zuletzt abgerufen am 28.02.2020). Auf die Expertise der ZAG griff zB. das OVG Münster, Urteil vom 1. Mai 2000 – 13 A 2563/97 –, juris Rn. 28 zurück.

kritisiert *Godry*<sup>273</sup> die Beurteilungen durch die ZAB, deren Qualität und Aktualität häufig zweifelhaft seien. Hintergrund seien sowohl mangelhafte Kenntnisse über die Ausbildungsrealität in manchen Ländern als auch der begrenzte medizinische Sachverstand in der Zentralstelle.

Dieser Kritik kann seit 2016 die Einrichtung der Gutachtenstelle für Gesundheitsberufe (GfG) bei der ZAB durch die Gesundheitsministerkonferenz und die Kultusministerkonferenz entgegeng gehalten werden. Diese bietet nunmehr eine zentralisierte Form der Gleichwertigkeitsprüfung nach einheitlichen Standards, was neben der bundesweiten Vereinheitlichung der Bewertungskriterien und der Entlastung der zuständigen Approbationsbehörden der Länder auch eine Qualitätsverbesserung bei den Anerkennungsverfahren bedingte. Die Arbeitsweise im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung beschreibt die Leiterin des GfG, *Susanne Bornhöft*, folgendermaßen:

*„Bei dem detaillierten Gutachten zur Gleichwertigkeit wird das ausländische Curriculum auf Grundlage der oben erwähnten Kriterien analysiert und bewertet. Um eine ausländische Qualifikation inhaltlich mit der deutschen Referenzqualifikation zu vergleichen, muss das ausländische Curriculum vorliegen. In einem Curriculum werden die Inhalte der ausländischen Ausbildung dargestellt. Diese Dokumente umfassen in der Regel mehrere hundert Seiten. Diese Prüfung wird von Gutachterinnen und Gutachtern durchgeführt, die selbst die entsprechenden Fachkenntnisse in verschiedenen Gesundheitsberufen haben. Neben mehreren Ärztinnen arbeiten auch eine Zahnärztin und ein Zahnarzt, Pflege- und Medizinpädagoginnen und -pädagogen, ein Apotheker und eine Psychologische Psychotherapeutin in der GfG.“*<sup>274</sup>

Die Ausführungen machen deutlich, dass sich innerhalb der Gutachtenstelle verteilte Experten mit der Frage der Gleichwertigkeit auseinandersetzen. Dadurch ist eine fundiertere Entscheidung zu erwarten, als sie die Approbationsbehörden mit ihren kleineren Mitarbeiterstäben und den geringeren Kenntnissen der ausländischen Curricula gewährleisten konnten.<sup>275</sup> Fehler können auf diese Weise minimiert werden. Allerdings macht *Bornhöft* auch deutlich, dass die Ergebnisse entscheidend von dem ausländischen Curriculum abhängen. Ist dieses unvollständig oder veraltet, kann es auch unter den Experten der Gutachtenstelle zu Fehlbewertungen der Gleichwertigkeit mit der deutschen Ausbildung kommen.

Ferner ist die Gutachtenstelle eine relativ neue Erscheinung, deren Existenz auch nahelegt, dass es bei der Bewertung der Gleichwertigkeit in der Vergangenheit Probleme gegeben hat. Es ist daher anzunehmen, dass es bei älteren Gleich-

---

<sup>273</sup> *Godry*, MedR 2001, S. 348 (351).

<sup>274</sup> Interview mit *Susanne Bornhöft*, abrufbar unter <https://www.erkennung-in-deutschland.de/html/de/gutachtenstelle-gesundheitsberufe.php> (zuletzt abgerufen am 28.02.2020).

<sup>275</sup> Interview mit *Susanne Bornhöft* (Leiterin GfG) vom April 2018, abrufbar unter <https://www.erkennung-in-deutschland.de/html/de/gutachtenstelle-gesundheitsberufe.php> (zuletzt abgerufen am 28.02.2020).



wertigkeitsprüfungen zu Fehlern gekommen sein könnte, die nunmehr eine Rücknahme nach sich ziehen könnten.

bb. § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO – Nicht nachgewiesener, gleichwertiger Kenntnisstand

Daneben ermöglicht die Vorschrift eine Rücknahme von Approbationen in Fällen, in denen der gleichwertige Kenntnisstand tatsächlich nicht nachgewiesen worden ist, § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO. Damit sind Fälle angesprochen, in denen zunächst wesentliche Unterschiede zwischen der ausländischen Ausbildung und der deutschen Ausbildung bestanden, die allerdings durch Berufserfahrung bzw. lebenslanges Lernen ausgeglichen wurden, § 3 Abs. 2 S. 5 BÄO.<sup>276</sup> Hat der Antragssteller also beispielsweise falsche Bescheinigungen über seinen bisherigen beruflichen Werdegang vorgelegt, aus denen die Behörde den Ausgleich wesentlicher Ausbildungsunterschiede geschlossen hat, kann die Approbation zurückgenommen werden. Gleiches gilt, wenn die von dem Herkunftsstaat formell anerkannten Kenntnisse und Fähigkeiten, die der Antragssteller durch lebenslanges Lernen erlangt habe, diese tatsächlich gar nicht nachgewiesen werden können, weil sie beispielsweise gefälscht sind.

cc. Kritik an der Ausgestaltung als fakultativer Rücknahmegrund

In der Literatur wird kritisiert, dass diese Rücknahmegründe keine gebundene, sondern lediglich eine Ermessensentscheidung nach sich ziehen.<sup>277</sup> Haage zieht einen Vergleich zu den obligatorischen Rücknahmegründen des § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO. Diese greifen, wenn entweder die deutsche Ausbildung des Behandelnden den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO nicht gerecht wird, oder der Antragende die jeweilige Ausbildung im Ausland schon gar nicht abgeschlossen hat. Sowohl in den Fällen des § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO als auch im Falle des § 5 Abs. 1 S. 3 BÄO verfüge der Behandelnde nicht über die erforderlichen Fähigkeiten, sodass auch für letzteren eine obligatorische Rücknahme näher liege.<sup>278</sup>

Der entscheidende Unterschied für die Ungleichbehandlung zwischen den obligatorischen Rücknahmegründe wegen fehlendem Ausbildungsabschluss und den fakultativen Rücknahmegründen wegen mangelnder Gleichwertigkeit einer abgeschlossenen Ausbildung ist aber folgender: Am Vorliegen der fakultativen Rücknahmegründe kann sich seit dem Zeitpunkt der Approbationserteilung etwas geändert haben, sodass die Approbation nunmehr zu erteilen wäre. So kann beispielsweise eine ursprünglich mangelnde Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes inzwischen durch berufliche Erfahrung oder im Wege lebenslangen Lernens aus-

---

<sup>276</sup> Insoweit falsch: Narr/Haage, B-II 2 Rn. 4, der davon ausgeht, dass die Vorschrift sich auf eine fehlerhafte Eignungsprüfung bezieht. Diese findet nach der Systematik der Vorschrift aber erst in § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BÄO Berücksichtigung.

<sup>277</sup> Heidelberger Kommentar/Haage, Nr. 160 Rn. 113.

<sup>278</sup> Haage, BÄO, § 5 Rn. 5.

geglichen worden sein. Müsste die Approbationsbehörde nun zwangsläufig zu rücknehmen, wäre sie gezwungen zu ignorieren, dass eine Gefährdung der Gesundheitsversorgung der Patienten sowie der Bevölkerung durch den Arzt inzwischen nicht mehr vorliegt, sodass die Rücknahme mit Blick auf die Berufsfreiheit des Arztes unverhältnismäßig wäre.<sup>279</sup> Ferner wäre sie in der Folge gezwungen, die Approbation postwendend wieder zu erteilen, weil nunmehr alle Approbationsvoraussetzungen vorliegen und der Betroffene einen Anspruch auf die Approbationserteilung hat.<sup>280</sup>

*Haage* wendet hiergegen zwar ein, dass ein Ausgleich mangelnder Gleichwertigkeit nicht erfolgen könne, weil bei der Approbationserteilung nur der bis dato erzielte Kenntnisstand zu berücksichtigen ist, ein im Laufe der Zeit nach der Approbation erlangter Fortschritt daher nicht zu berücksichtigen sei.<sup>281</sup> Darauf ist aber zu erwidern, dass der Fortschritt des Betroffenen gar nicht im Rahmen des Rücknahmegrundes berücksichtigt werden soll. Vielmehr liegt der Rücknahmegrund des § 5 Abs. 1 S. 3 BÄO tatbestandsmäßig vor. Der nunmehr gleichwertige Kenntnisstand ist aber im Rahmen des Ermessens zu berücksichtigen, wo gerade nicht auf den Zeitpunkt bei Approbationserteilung abgestellt wird, sondern auf den Rücknahmezeitpunkt.

Zwar könnte man einwenden, dass auch ein in Deutschland ausgebildeter Mediziner, dessen Ausbildung nicht den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO entspricht, diesen Mangel ebenfalls durch Berufserfahrung oder lebenslanges Lernen ausgleichen könnte. Der Unterschied zu den Fällen der fehlenden Gleichwertigkeit liegt jedoch darin, dass bei einem späteren Ausgleich der fehlenden Anforderungen an die deutsche Mediziner Ausbildung gerade kein Anspruch des Betroffenen auf Approbationserteilung besteht. Anders als bei ausländischen Ausbildungen sieht das Gesetz bei einer mangelhaften deutschen Ausbildung nämlich keine Gleichwertigkeitsprüfung vor. Ein Anspruch auf Approbation besteht bei einer deutschen Ausbildung nur, wenn diese den hierfür geltenden Anforderungen entspricht. Gleiches gilt für die weiteren Fälle, die eine obligatorische Rücknahme nach sich ziehen, weil die jeweilige medizinische Ausbildung gar nicht abgeschlossen wurde. Auch hier ist kein Ausgleich durch spätere Berufserfahrung oder ähnliches vorgesehen.<sup>282</sup> Ein Anspruch auf Approbation wäre in diesen Fällen nur dann denkbar, wenn der Arzt die nicht abgeschlossene Ausbildung nachholt. Der Eintritt dieser Konstellation ist aber derart unwahrscheinlich, dass sie vernachlässigt werden kann. Der Betroffene würde sich und anderen ja eingeste-

<sup>279</sup> Hierzu ausführlich unter § 2 II. 1. a.

<sup>280</sup> Vgl. im Grundsatz auch *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 5, der diesen Ansatz dann aber nicht weiterverfolgt. Siehe hierzu ausführlich unter § 2 II. 3. c.

<sup>281</sup> *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 5: „Dem steht aber entgegen, dass bei der Prüfung der Approbationsvoraussetzungen nur die bis dahin erworbene Berufserfahrung einbezogen werden darf. Eine noch folgende Berufserfahrung kann die Defizite nicht ausgleichen.“ Ebenso *Heidelberger Kommentar/Haage*, Nr. 160 Rn. 113: „Eine Anpassungszeit oder Nachschulung kann nicht zur Gleichwertigkeit führen“.

<sup>282</sup> Vgl. *Spickhoff/Schelling*, § 5 BÄO Rn. 6: „nicht heilbare Ausbildungsvoraussetzungen“.

hen, dass seine Ausbildung unzureichend ist, sodass die Rücknahme durch die Behörde schneller erfolgen dürfte, als der Studienabschluss dauert.

Die Ausgestaltung dieser Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 S. 3 BÄO als Ermessensentscheidung ist also sachgerecht.

*c. Wesentliche Unterschiede in der Ausbildung oder mangelhafter Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten durch Eignungsprüfung nach Abs. 1 S. 4*

aa. § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BÄO – Wesentliche Unterschiede in der Ausbildung

Nach § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BÄO kann die Approbation auch zurückgenommen werden, wenn die Ausbildung entgegen der ursprünglichen Annahme der Approbationsbehörde doch wesentliche Unterschiede zu der nach der Bundesärzteordnung und der Approbationsordnung für Ärzte erforderlichen Ausbildung aufweist. Die Vorschrift gilt ausweislich ihres Wortlauts für Approbationen, die nach § 3 Abs. 2, Abs. 3 oder nach § 14b Abs. 2 BÄO erteilt worden sind.

Allerdings wird nicht klar, warum auch die Approbationen nach § 3 Abs. 2 und 3 BÄO von dieser Regelung erfasst sind. Denn wesentliche Unterschiede führen gem. § 3 Abs. 2 S. 2 BÄO zu einer mangelnden Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes, sodass dieser Fall schon von § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO erfasst ist. Gleiches gilt im Falle des mangelnden Nachweises eines gleichwertigen Kenntnisstandes. Ein Mehrwert ergibt sich aus der Regelung daher nur für den Fall des § 14b Abs. 2 BÄO,<sup>283</sup> der aufgrund von Zeitablauf heute aber kaum noch eine Rolle spielen dürfte.<sup>284</sup>

bb. § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BÄO – Mangelnder Nachweis durch Eignungsprüfung

Die Approbation kann schließlich zurückgenommen werden, wenn die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Eignungsprüfung tatsächlich nicht nachgewiesen wurden, § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 2. Auch dieser Rücknahmegrund gilt nur für Fälle, in denen die Approbation nach § 3 Abs. 2, Abs. 3 oder nach § 14b Abs. 2 BÄO erteilt worden ist.

An der Regelung ist problematisch, dass sie zwar die Eignungsprüfung, nicht aber die Kenntnisprüfung im Falle mangelnder Gleichwertigkeit eines drittstaatlichen Ausbildungsabschlusses erwähnt. Im Umkehrschluss könnte eine Approbation nicht zurückgenommen werden, wenn die Ausbildung in einem Drittstaat stattfand und mit der Kenntnisprüfung die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht nachgewiesen worden sind. So konstatiert *Haage* dann auch, dass das Gesetz an dieser Stelle eine Lücke enthalte.<sup>285</sup>

Man könnte jedoch überlegen, ob dieser Fall von § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO erfasst ist und damit doch keine gesetzliche Lücke besteht. Zwar ist diese Vor-

<sup>283</sup> Auch Narr/*Haage*, B-II 2 Rn. 4 kritisiert die Regelung als unklar.

<sup>284</sup> Siehe schon unter § 1 III.

<sup>285</sup> Narr/*Haage*, B- II 2 Rn. 4.

schrift der Systematik nach nur auf Fälle anwendbar, in denen schon die objektive Gleichwertigkeitsprüfung allein zu dem Ergebnis geführt hat, dass die ausländische der deutschen Ausbildung entspricht. Letztlich muss aber auch eine bestandene Kenntnisprüfung die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes zur Folge haben, weil in diesem Fall ansonsten gar kein Anspruch auf Approbation nach § 3 Abs. 3 S. 1 BÄO bestünde.

Dies erklärt sich folgendermaßen: Der Anspruch auf Approbation besteht nach § 3 Abs. 3 S. 1 BÄO nur, wenn die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes gegeben ist. Nach § 3 Abs. 3 S. 2 BÄO richtet sich die Feststellung der Gleichwertigkeit nach § 3 Abs. 2 S. 2–6 und 8 BÄO:

§ 3 Abs. 2 S. 2 BÄO fingiert das Vorliegen der Gleichwertigkeit für den Fall, dass zwischen den Ausbildungen keine wesentlichen Unterschiede bestehen. Nun stellt aber § 3 Abs. 2 S. 6 BÄO explizit fest, dass wesentliche Unterschiede vorliegen, wenn diese nicht durch Berufserfahrung oder lebenslanges Lernen ausgeglichen wurden, sodass die Fiktion eigentlich nicht anwendbar ist und mithin auch keine Gleichwertigkeit vorliegt. Die Kombination dieser Vorschriften (§ 3 Abs. 2 S. 2 und § 3 Abs. 2 S. 6 BÄO) würde also dazu führen, dass trotz bestandener Kenntnisprüfung kein Anspruch auf Approbation besteht.

Über diese ausgesprochen missglückte Systematik ist aber hinwegzusehen, damit § 3 Abs. 2 S. 6 BÄO überhaupt einen Sinn hat. Eine bestandene Kenntnisprüfung muss, damit sie zur Approbation führt, folglich zunächst die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes nach sich ziehen. Auch aus teleologischer Sicht ist es legitim, einen Anspruch auf Approbation zu begründen, wenn der Antragssteller seine Befähigung nachgewiesen hat.

Dann gilt aber für die Rücknahme einer so erteilten Approbation: War die Gleichwertigkeit nicht nachgewiesen, weil die Kenntnisprüfung in Wahrheit nicht bestanden wurde oder der Antragssteller bei der Prüfung getäuscht hat, ist die Approbation nach § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO zurückzunehmen. Dieses Ergebnis erscheint auch vor dem Hintergrund des Schutzes der Gesundheit der einzelnen Patienten und der Bevölkerung sinnvoll, da ansonsten ein Arzt, der bei der Kenntnisprüfung durchgefallen ist oder getäuscht hat, weiterhin ärztlich tätig sein könnte.

Nichtsdestotrotz sollte das systematische Wirrwarr in dieser Vorschrift zum Anlass genommen werden, die Regelung zu überarbeiten.

### 3. Zusammenfassung und Würdigung der Tatbestandsvoraussetzungen der Rücknahme

#### *a. Obligatorische Rücknahmegründe*

Die obligatorischen Rücknahmegründe umfassen allesamt Fälle, in denen die Approbationsbehörde zunächst irrtümlich davon ausgegangen ist, dass die medizinische Ausbildung des Antragsstellers den in Deutschland geltenden Anforderungen entspricht.

Ist die Ausbildung in Deutschland absolviert worden, hat die Behörde die Approbation daher zurückzunehmen, wenn der Antragssteller die ärztliche Prüfung nicht bestanden hat.

Da im Approbationsverfahren eine Bescheinigung über das Bestehen der Prüfung einzureichen ist, muss der Betreffende entweder ein gefälschtes Zeugnis eingereicht haben, oder es muss sich im Falle eines echten Prüfungszeugnisses herausgestellt haben, dass die Prüfung nachträglich als nicht bestanden zu werten ist. Dies kann wiederum einerseits darauf beruhen, dass der Betreffende in der Prüfung getäuscht hat. Darüber hinaus kommt aber grundsätzlich auch ein Fehler bei der Auswertung der Prüfungsergebnisse durch das Prüfungsamt in Betracht. Dieser Fall dürfte aber die absolute Ausnahme sein.

Daneben ist auch der Fall erfasst, dass der Antragssteller seine Ausbildung in einer *medical school* absolviert hat und ihm gegenüber der Approbationsbehörde rechtsmissbräuchliches Verhalten vorzuwerfen ist.

Alle weiteren obligatorischen Rücknahmegründe betreffen medizinische Ausbildungen, die nicht nach (west-)deutschem Recht erfolgt sind. Die Approbation ist zurückzunehmen, wenn die Ausbildung, auf der sie fußt, tatsächlich gar nicht abgeschlossen wurde.

Auch hier ist zunächst naheliegend, dass der Antragssteller den vorgelegten Ausbildungsnachweis gefälscht oder einen echten Nachweis erschlichen hat. Die Gefahr von Fälschungen wird dabei durch die Bestrebungen zur Vereinfachung des Anerkennungsverfahrens auf europäischer Ebene verstärkt, weil das Verfahren nach Art. 57a RL/2013/55/EU auf elektronischen Weg stattfinden muss.<sup>286</sup> Andererseits könnte der Fehler auch hier bei der beurteilenden Behörde liegen, die die Ausbildung fehlerhaft als abgeschlossen bescheinigt hat.

Mit Blick auf die Relevanz der einzelnen Rücknahmegründe sind die Variante 1 (Grundvoraussetzungen für Approbation nach deutscher Ausbildung lagen nicht vor) sowie die Varianten 5 bis 8 (Auslandsausbildung nicht abgeschlossen) hervorzuheben. Alle weiteren Regelungen betreffen Altfälle, die ob des fortgeschrittenen Zeitablaufs kaum noch relevant sein dürften.

### *b. Fakultative Rücknahmegründe*

#### *aa. Unwürdigkeit*

Als fakultativer Rücknahmegrund kommt zunächst die Unwürdigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung in Betracht. Dazu muss der Behandelnde vor der Approbation ein Fehlverhalten an den Tag gelegt haben, das geeignet ist, das Ansehen und das Vertrauen in die Ärzteschaft zu zerstören. Unter Berücksichtigung des steten Wandels gesellschaftlicher Moralvorstellungen ist hierzu grundsätzlich ein strafrechtlich relevantes Verhalten erforderlich. Bei schweren Straftaten wird

---

<sup>286</sup> Haage, MedR 2014, S. 469 (474).

in aller Regel Unwürdigkeit vorliegen, während hierfür bei minder schweren Delikten ein Bezug zum ärztlichen Beruf erforderlich ist. Je näher die Tat an die beruflichen Kernpflichten des Arztes rückt, umso eher ist von der Unwürdigkeit auszugehen.

Die damit für die Rücknahme verbundene Problematik liegt auf der Hand: Der Betroffene ist zum Zeitpunkt des Fehlverhaltens noch nicht approbiert, sodass die Begründung einer Berufsbezogenheit der Tat nur in Ausnahmefällen möglich ist. So sind die gängigen Delikte wie der Abrechnungsbetrug, die Betäubungsmitteldelikte und die Steuervergehen, die in der Rechtsprechung regelmäßig zur Unwürdigkeit führen, für die Rücknahme relativ unbedeutend. Letztlich kommen zur Begründung der Rücknahme vor allem besonders schwere Straftaten und Taten im Zusammenhang mit der ärztlichen Ausbildung in Betracht. Schließlich kann auch eine besondere Häufung von Delikten ohne Berufsbezug die Unwürdigkeit begründen, weil hierin eine notorische Missachtung der Rechtsordnung deutlich wird.

Zur Ermittlung der Unwürdigkeit im Zeitpunkt der Approbationserteilung ist eine objektive *ex ante*-Betrachtung vorzunehmen. Das Fehlverhalten des Betroffenen muss also nur abstrakt dazu geeignet gewesen sein, einen Ansehens- und Vertrauensverlust herbeizuführen, dieser muss aber nicht tatsächlich eingetreten sein. Der Betroffene kann sich also dem Verdikt der Unwürdigkeit nicht entziehen, indem er darauf verweist, dass sein Verhalten rückblickend nicht zu einem Vertrauensverlust in die Ärzteschaft geführt hat. Dieser Umstand ist jedoch bei der Ermessensentscheidung über die Rechtsfolge der Rücknahme zu beachten.

#### bb. Unzuverlässigkeit

Daneben kann die Approbation zurückgenommen werden, wenn der Behandelnde zum Zeitpunkt der Erteilung aus *ex ante*-Sicht unzuverlässig war. Das ist der Fall, wenn zum Zeitpunkt der Approbationserteilung die Prognose hätte aufgestellt werden müssen, dass der Betroffene in Zukunft seine beruflichen Pflichten nicht beachten werden wird. Eine solche Prognose liegt zunächst nahe, wenn der Betroffene ein Fehlverhalten an den Tag gelegt hat, das gegen seine Berufspflicht verstößt.

Jedoch stellt sich hier das gleiche Problem wie im Rahmen der Unwürdigkeit: Der Betroffene war zum Zeitpunkt seines Fehlverhaltens noch nicht approbiert, sodass ein Verstoß gegen ärztliche Berufspflichten allenfalls im Rahmen der Ausbildung denkbar ist. Ferner ist eine Fallgestaltung denkbar, in der ein Arzt mit ausländischer Berufsausbildung in seinem Herkunftsstaat Berufspflichtverletzungen begeht und anschließend in Deutschland approbiert wird, ohne dass sein Fehlverhalten der Approbationsbehörde zunächst bekannt wird. Insgesamt kommen als Grundlage für die Prognose aber vor allem Verhaltensweisen außerhalb des beruflichen Bereichs in Betracht. Diese müssen den Rückschluss auf eine erhebliche kriminelle Energie und einem Hang zur Missachtung der Rechtsordnung zulassen.

### cc. Wohlverhaltensphase bei Unwürdigkeit und Unzuverlässigkeit

Mit Blick auf die Berücksichtigungsfähigkeit einer längeren Wohlverhaltensphase des Betroffenen ist zu differenzieren. Eine Wohlverhaltensperiode während eines laufenden Ermittlungsverfahrens ist selbstverständlich und indiziert daher keine Läuterung. Einen anderen Schluss lässt es lediglich zu, wenn der Behandelnde bisher von den Behörden unbehelligt geblieben ist und sich während dieser Zeit gesetzeskonform verhält.

Für die Frage der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit kommt es nur auf ein Wohlverhalten zwischen Fehlverhalten und Approbationserteilung an. Jedoch kann eine Wohlverhaltensphase zwischen Approbationserteilung und Behördenentscheidung im Rahmen des Entschließungsermessens eine Rolle spielen. Wohlverhalten nach der Rücknahme kann bei der Frage der Wiedererteilung der Approbation eine Rolle spielen.

### dd. Gesundheit

Gesundheitliche Mängel kommen als Rücknahmegrund nur in Ausnahmefällen in Betracht. Auch hierfür liegt die Ursache in den Besonderheiten der Rücknahmesituation. Im Falle von leicht wahrnehmbaren Mängeln wird dem Betroffenen die Approbation von vornherein versagt werden, weil er keine ärztliche Bescheinigung nach § 39 Abs. 1 Nr. 6 ÄApprO vorlegen kann. Sind gesundheitliche Mängel schwer zu erkennen, sodass es zunächst zu einer Approbation kommt, wird oft der Nachweis nicht gelingen, dass der Mangel schon bei Approbationserteilung vorlag. Es wird daher eher zum Widerruf kommen als zu einer Rücknahme.

### ee. Ausbildung im Ausland

Die Approbation kann darüber hinaus zurückgenommen werden, wenn im Falle eines Auslandsstudiums in der EU, dem EWR, der Schweiz oder einem Drittstaat die Gleichwertigkeit der durchlaufenen Ausbildung nicht vorlag. Aufgrund der beschriebenen Schwierigkeiten bei der Feststellung der Gleichwertigkeit ausländischer Ausbildungsabschlüsse ist das Vorliegen dieser Rücknahmegründe nicht unwahrscheinlich. Außerdem kann die Approbation zurückgenommen werden, wenn der erforderliche gleichwertige Kenntnisstand anhand von Unterlagen, die Berufserfahrung oder lebenslanges Lernen bescheinigen, nicht nachgewiesen wurde.

Diesbezüglich kommt eine falsche Bewertung korrekter Unterlagen durch die Behörde in Betracht. Genauso kann aber auch eine Fälschung der Unterlagen durch den Betroffenen vorliegen.

Schließlich liegt die Rücknahme im Ermessen der Behörde, wenn der Betroffene die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Eignungs- oder Kenntnisprüfung nicht nachgewiesen hat.

Hierbei kommt zwar auch eine Fehlbewertung der Behörde in Betracht, in den meisten Fällen wird der fehlende Nachweis aber auf einer Täuschung des Betroffenen beruhen.

*c. Bewertung*

Die Entzugsmöglichkeiten sind die zwingende Folge der Einschränkung des Arztberufes durch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Wenn die Behörde nur Personen approbieren darf, die den Anforderungen des § 3 BÄO entsprechen, dann muss sie auch reagieren können, wenn sich hinsichtlich dieser Anforderungen auf Seiten des Antragsstellers entweder nachträglich etwas ändert oder die Voraussetzungen von Anfang an gar nicht vorlagen. Rücknahme und Widerruf der Approbation dienen damit ebenfalls dem Schutz der Gesundheit der Patienten und der Bevölkerung.

Mit Blick auf diesen Schutzzweck ist zunächst die obligatorische Rücknahme in den genannten Fällen zu erklären. Zum Schutz der Patienten sollen nur Personen den ärztlichen Beruf ausüben, die eine entsprechende Ausbildung genossen haben. Fehlt sie, ist dem Betroffenen zwingend die Erlaubnis zur ärztlichen Tätigkeit zu entziehen. Auch die fakultativen Rücknahmegründe haben letztlich den Schutz der Patienten und der Bevölkerung zum Ziel. So schützt beispielsweise die Rücknahme wegen Unwürdigkeit die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient. Haben Patienten Vorbehalte zum Arzt zu gehen, weil auch Ärzte praktizieren, auf deren Lauterkeit sie nicht vertrauen können, werden sie im Zweifel von einem Arztbesuch absehen, obwohl dieser erforderlich sein könnte. Mittelbar wirkt sich das mangelnde Vertrauen in die Ärzteschaft damit auch auf das Schutzzug der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung aus.

Der Unterschied zu den obligatorischen Rücknahmegründen liegt darin, dass die fakultativen Rücknahmegründe zwar im Zeitpunkt der Approbation vorgelegen haben können, sich diese Bewertung aber bis zum Zeitpunkt der Rücknahme geändert haben kann.<sup>287</sup> In diesem Fall wäre es unverhältnismäßig und vor allem unsinnig, die rechtswidrig erteilte Approbation zurückzunehmen. Denn der Betroffene hätte nunmehr bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 3 BÄO einen Anspruch auf Wiedererteilung der Approbation entsprechend einem Arzt, der die Approbation erstmalig beantragt.<sup>288</sup> Die Approbationsbehörde müsste die Erlaubnis daher zunächst zurücknehmen und postwendend wieder erteilen.<sup>289</sup> Die Ausgestaltung als Ermessensentscheidung mit der einhergehenden Berücksichtigungsfähigkeit späterer Änderungen ist in diesem Zusammenhang mit Blick auf die Verwaltungsökonomie<sup>290</sup> also sachgerecht.

Die obligatorischen und fakultativen Rücknahmegründe haben gemeinsam, dass die Voraussetzungen zur Erteilung der Approbation von Anfang an nicht vorgele-

---

<sup>287</sup> Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 9.

<sup>288</sup> Spickhoff/Schelling, § 8 BÄO Rn. 3; siehe hierzu ferner eingehend unter § 1 IV.

<sup>289</sup> Vergleiche hierzu die Ausführungen bei Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO § 14 Rn. 10, wo eine entsprechende Rücknahme mit dem Einwand *dolo facit, qui petit, quod redditurus est* abgelehnt wird.

<sup>290</sup> Vgl. Jerouschek, § 3 PsychThG Rn. 5.



gen haben.<sup>291</sup> Eine *Ex post*-Betrachtung ergibt somit in allen Fällen die Rechtswidrigkeit der Approbationserteilung mangels Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen. Die Bezeichnung als Rücknahme entspricht damit der herkömmlichen Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts. Denn die Rücknahme nach § 48 VwVfG betrifft ebenfalls von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakte.<sup>292</sup>

Demgegenüber beziehen sich die Widerrufsgründe des § 5 Abs. 2 BÄO auf Fälle, in denen die Erteilung der Approbation ursprünglich rechtmäßig erfolgte, aber nachträglich eingetretene Umstände den Entzug rechtfertigen.<sup>293</sup> Somit passt auch der Widerruf nach der BÄO in die allgemeine Terminologie des Verwaltungsrechts. Denn nach § 49 VwVfG betrifft der Widerruf nur solche Verwaltungsakte, die ursprünglich rechtmäßig ergangen sind.

Damit ist die erste Fragestellung bereits beantwortet. Die besonderen Vorschriften über den Entzug der Approbation nach der BÄO entsprechen der Terminologie der §§ 48, 49 VwVfG. Eine ursprünglich rechtswidrige Approbation wird zurückgenommen, während eine ursprünglich rechtmäßige Approbation unter den entsprechenden Voraussetzungen widerrufen werden kann.

## II. Die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 1 BÄO

Die Formulierung der Rechtsfolge des § 5 Abs. 1 BÄO erschöpft sich in dem Begriff der Rücknahme. Liegen obligatorische Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO vor, ist die Approbation „zurückzunehmen“, bei fakultativen Rücknahmegründen kann sie „zurückgenommen werden“. Eine Konkretisierung der Rechtsfolge hält der Normtext nicht bereit. Sie muss folglich durch Auslegung des Rücknahmebegriffs vorgenommen werden.

Die Rechtsfolge des § 5 Abs. 1 BÄO hängt zunächst davon ab, ob ein obligatorischer oder ein fakultativer Rücknahmegrund vorliegt. Nach Abs. 1 S. 1 **ist** die Approbation zurückzunehmen, wenn eines der darauffolgenden Tatbestandsmerkmale erfüllt ist. Die Rücknahme liegt folglich nicht im Ermessen der Behörde, sondern stellt eine gebundene Entscheidung dar. Im Gegensatz dazu ist die Rücknahme nach den Sätzen 2, 3 und 4 eine Ermessensentscheidung.

### 1. Entscheidung über das „Ob“ der Rücknahme – Entschließungsermessen

Danach kann die Approbation zurückgenommen werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen. Folglich stellt sich vor der Frage nach dem „Wie“ der Rücknahme noch die Frage nach dem „Ob“.

---

<sup>291</sup> Siehe OVG Bremen, NJW 2003, 1887 (zur Parallelvorschrift im ZHG); ebenso Saalfrank/Frehse/Kleinke, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 90.

<sup>292</sup> Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 97.

<sup>293</sup> Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 99; Saalfrank/Frehse/Kleinke, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 96; Ehlers/Brogli/Günter, Arzthaftungsrecht, Rn. 932; ebenso für § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO: BVerwGE, 105, 214 (217).

### *a. Verfassungsrechtliche Wertungen*

Diese Unterteilung ist letztlich auf verfassungsrechtliche Erwägungen zurückzuführen. Allgemein stehen sich bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte wie der ärztlichen Approbation verschiedene Verfassungsgüter gegenüber, die im Wege praktischer Konkordanz in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen.<sup>294</sup> Da es sich bei der Rücknahme um den Entzug einer rechtswidrig erteilten Approbation handelt,<sup>295</sup> spricht zunächst der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG dafür, die Approbation zurückzunehmen.<sup>296</sup> Demgegenüber können die Gründe der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes auf Seiten des Betroffenen grundsätzlich auch zu einer gegenteiligen Entscheidung führen.<sup>297</sup>

Ein besonderes Augenmerk ist im Rahmen der Approbationsrücknahme aber auf die widerstreitenden Verfassungsgüter der Berufsfreiheit des Behandelnden aus Art. 12 Abs. 1 GG und das Schutzgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 GG zu legen. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die Rechtswidrigkeit der Erteilung mit einem Mangel an ärztlicher Expertise oder sonstiger für den Arztberuf wichtiger Eigenschaften einhergeht und daher regelmäßig mit einer hohen Gefährdung der Patienten verbunden ist. Daneben wird sich die Tätigkeit eines ungeeigneten Arztes auch negativ auf das Vertrauen in die Ärzteschaft und damit letztlich auch auf die Gesundheitsversorgung insgesamt auswirken, wenn die Approbationsrücknahme publik wird. Die Gefahren für den einzelnen Patienten und das Ansehen der Ärzteschaft führen dazu, dass dem Schutz der Gesundheitsversorgung grundsätzlich der Vorrang gegenüber der Berufsfreiheit des Behandelnden gebührt.

Diese verfassungsrechtliche Wertung wurde bei der Regelung des § 5 BÄO offenbar aufgegriffen und die Rücknahme nur für solche Fälle in das Ermessen der Approbationsbehörde gestellt, in denen das Schutzgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung unter Umständen nicht mehr gefährdet ist, weil der betreffende Mediziner sich die ursprünglich fehlende Expertise zwischenzeitlich angeeignet hat oder er sich nunmehr wieder für den Arztberuf eignet, da ursprüngliche Rücknahmegründe wie die Unwürdigkeit oder die mangelnde gesundheitliche Eignung inzwischen nicht mehr vorliegen.<sup>298</sup> In diesem Fall kann eine Rücknahme unverhältnismäßig sein, sodass das Gesetz auch die Möglichkeit bereithalten muss, von der Rücknahme abzusehen.

Dagegen hat das hohe Gewicht, das dem Schutzgut der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung zukommt, in Fällen einer mangelnden ärzt-

<sup>294</sup> Siehe hierzu schon oben unter § 1 II.

<sup>295</sup> Siehe oben unter § 2 I. c.

<sup>296</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 22.

<sup>297</sup> Vgl. BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 22. Siehe hierzu für den besonderen Fall der Approbationsrücknahme aber sogleich unter § 2 I. b. bb.

<sup>298</sup> Vgl. Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 9.

lichen Ausbildung zur Folge, dass die rechtswidrig erteilte Approbation zwingend zurückzunehmen ist. Denn ein Arzt, der seine Ausbildung gar nicht abgeschlossen hat, wird immer eine Gefahr für seine Patienten darstellen.

Zwar könnte dieser die erforderliche Ausbildung theoretisch auch nachholen. Hierfür wäre dann aber eine Wiederholung zumindest eines Teils des Studiums erforderlich. Anders als im Falle der fehlenden Gleichwertigkeit sieht die § 3 BÄO nämlich keinen Ausgleich fehlender Kenntnisse durch Praxiserfahrung vor, wenn die ärztliche Ausbildung schon gar nicht abgeschlossen wurde. Dass der Betroffene aber noch einmal die Universität besuchen wird, ist kaum anzunehmen. Denn entweder hat er sich den Abschluss erschlichen, sodass er nun auch von diesem Gebrauch machen wird, oder er hat von der fehlerhaft bescheinigten Ausbildung keine Kenntnis, sodass auch kein Grund besteht, sie zu wiederholen.

#### *b. Ausübung des Rücknahmeermessens*

In den Fällen des § 5 Abs. 1 S. 2 bis 4 BÄO kommt der Approbationsbehörde daher ein Entschließungsermessen zu. Sie muss im Zeitpunkt des Abschlusses des Verwaltungsverfahrens<sup>299</sup> darüber entscheiden, ob das staatliche Rücknahmeinteresse das Interesse des betroffenen Arztes am Bestand seiner Approbation überwiegt. Dabei hat die Behörde mit Blick auf den mit der Rücknahme verbundenen tiefgreifenden Grundrechtseingriff in die Berufsfreiheit zu beachten, dass die Rücknahme immer nur *ultima ratio* sein darf, um die Allgemeinheit vor einer Behandlung durch den betroffenen Mediziner zu schützen.<sup>300</sup> Außerdem sind bei der Entscheidung aber auch die Möglichkeiten einer vorübergehenden Erlaubnis nach § 8 BÄO und der Wiedererteilung der Approbation zu berücksichtigen. Die Rücknahme ist keine endgültige Entscheidung, sodass der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG weniger gravierend ist.<sup>301</sup>

#### *aa. Wegfall des ursprünglichen Versagungsgrundes*

Bei der Ermessensausübung ist, wie bereits erwähnt, zu berücksichtigen, ob der im Zeitpunkt der Approbationserteilung vorliegende Versagungsstatbestand inzwischen weggefallen ist.

Zunächst ist der Fall der fehlenden Gleichwertigkeit (§ 3 Abs. 1 S. 3 und 4 BÄO) zu betrachten. Dabei geht es um Konstellationen, in denen der Antragssteller zum Zeitpunkt der Approbationserteilung keine gleichwertige Ausbildung vorweisen konnte, aber fälschlicherweise trotzdem approbiert wurde. Will die

---

<sup>299</sup> BVerwG, NJW 1999, 3425 (3426).

<sup>300</sup> BVerwGE 25, 201 (202) (zur Rücknahme nach dem ZHG); ebenso Saalfrank/Frehse/Kleinke, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 93; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 98.

<sup>301</sup> OVG Bremen, NJW 2003, 1887 (zu der Parallelvorschrift im ZHG); Brann/Gründel, MedR 2001, S. 396 (400 f.); Heidelberger Kommentar/Haage, Nr. 160 Rn. 116; Spickhoff/Schelling § 5 BÄO Rn. 12.

Behörde die Erlaubnis einige Jahre später wieder entziehen, könnte der Betroffene die ursprünglich vorgelegenen Defizite nunmehr mit seiner inzwischen erworbenen Berufserfahrung ausgeglichen haben, § 3 Abs. 2 S. 5 BÄO.

Problematisch erscheint hier vor allem der Fall, in dem der Behandelnde hinsichtlich der fehlenden Gleichwertigkeit bösgläubig war. Wertungsmäßig ist es nämlich fragwürdig, einem Behandelnden, dessen gleichwertiger Kenntnisstand auf Berufserfahrungen beruht, die er nach der Rechtsordnung gar nicht hätte machen dürfen, die Approbation zu belassen. Denn damit würde er letztlich für sein Fehlverhalten und die damit einhergehende Patientengefährdung belohnt. Die Vorschrift des § 3 Abs. 2 S. 5 BÄO, die eigentlich dem Schutz der Patienten dient, würde entgegen dieser Schutzrichtung zum Vorteil für den bösgläubigen Behandelnden. Er hätte die Möglichkeit, sich durch seine illegale Tätigkeit sozusagen „reinzuwaschen“ und in der Folge sogar als legitimer Arzt auftreten zu können. Dies könnte einen Anreiz für Behandelnde darstellen, die verbotene Tätigkeit mit dem Ziel der später nicht mehr angreifbaren Approbation vorzunehmen.

Andererseits darf die Rücknahme nur *ultima ratio* sein. Sie stellt einen erheblichen Eingriff in die Berufsfreiheit des betroffenen Arztes dar. Dieser Eingriff ist zwar grundsätzlich mit der hohen Gefahr für das Rechtsgut der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung zu rechtfertigen, die von einem ungeeigneten Arzt ausgeht. Ist der Arzt aber, aus welchem Grund auch immer, nunmehr qualifiziert genug und erfüllt er auch die sonstigen Voraussetzungen, die in Deutschland an einen Mediziner gestellt werden, so ist die Gefahr für die Gesundheitsversorgung deutlich geringer zu gewichten. Potenzielle Patienten werden ob der vorhandenen Qualifikation nicht mehr gefährdet als bei jedem anderen Arzt. Auch das Vertrauen der Bevölkerung in die Ärzteschaft wird durch die Tätigkeit des betreffenden Arztes kaum beeinträchtigt werden, weil die ursprünglich nicht vorhandene Gleichwertigkeit kaum jemandem bekannt sein dürfte. Die Approbationsbehörde muss die Rücknahme daher unterlassen.

Der oben beschriebenen Wertungsproblematik ist anderweitig zu begegnen: Ein Behandelnder, der über Jahre hinweg in dem Wissen medizinische Eingriffe vorgenommen hat, zu diesen Eingriffen weder befugt noch befähigt zu sein und damit bewusst seine Patienten gefährdet hat, ist geeignet, das Ansehen und das Vertrauen in die Ärzteschaft zu zerstören. Es liegt ein erhebliches Fehlverhalten mit starkem Berufsbezug vor, sodass die oben aufgestellten Voraussetzungen an die Unwürdigkeit erfüllt sein können. Die Approbation ist also aufgrund der Unwürdigkeit nach Erteilung der Approbation nach § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO zwingend zu widerrufen. Eine Wohlverhaltensphase des Betroffenen kann aufgrund der gebundenen Entscheidung nicht berücksichtigt werden.

Ähnliches gilt bei Bösgläubigkeit hinsichtlich der gesundheitlichen Eignung. Ist der Behandelnde zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung nunmehr in gesundheitlicher Sicht geeignet, den Arztberuf weiter auszuüben, wäre die Rücknahme als *ultima ratio* ermessensfehlerhaft. Denn auch in diesem Fall ist die mit

dem Fortbestand der Approbation verbundene Gefahr für die Gesundheitsversorgung gering, sodass die Berufsfreiheit des Betroffenen überwiegt.

Aber auch hier begründet die ärztliche Tätigkeit in dem Wissen, aus gesundheitlichen Gründen nicht dazu in der Lage zu sein und mithin Patienten zu gefährden, aufgrund der Schwere des Fehlverhaltens und des unmittelbaren Berufsbezuges, den Tatbestand der Unwürdigkeit. Die Approbation ist also nach § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO zu widerrufen.

Auch im Falle der Kenntnis von der Unwürdigkeit oder der Unzuverlässigkeit, die sich nunmehr aber durch Zeitablauf erledigt hat, wäre eine Rücknahme mit Blick auf das Überwiegen der Berufsfreiheit ermessensfehlerhaft. Eine Gefährdung einzelner Patienten ist ohnehin nicht zu befürchten, weil der Arzt zu jeder Zeit fachlich in der Lage war, eine adäquate Behandlung zu gewährleisten. Aber auch eine Gefährdung der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung ist in der Regel auszuschließen. Für gewöhnlich wird das Fehlverhalten des Behandelnden der breiten Öffentlichkeit kaum bekannt sein, ansonsten wäre beispielsweise eine Straftat längst verfolgt worden, sodass es gar nicht zu einem Wegfall durch Zeitablauf gekommen wäre. Folglich wird das Ansehen der Ärzteschaft durch die Fortsetzung der Tätigkeit nicht in Mitleidenschaft gezogen.

Allerdings ist in dieser Fallgruppe nicht von einer Unwürdigkeit durch die weitere Vornahme von Heilbehandlungen auszugehen, die einen Widerruf nach sich ziehen würde. Der diesbezügliche Unrechtsgehalt ist im Vergleich zu der ärztlichen Tätigkeit trotz inadäquater Ausbildung oder mangelnder gesundheitlicher Eignung geringer als in den obigen Fallgruppen, weil den Patienten aufgrund der zumindest fachlichen Eignung keine unmittelbare Gefahr durch die Behandlung selbst drohte.

War der Behandelnde hinsichtlich des Vorliegens der Approbationsvoraussetzungen gutgläubig, kann die Behörde ihr Ermessen dahingehend ausüben, dass sie die ursprünglich erteilte Approbation fortbestehen lässt. Hier besteht der oben genannte Wertungswiderspruch gerade nicht.

Im Ergebnis lässt sich mithin festhalten, dass die Rücknahme der Approbation in allen Fällen ermessensfehlerhaft wäre, in denen der bei Approbationserteilung vorhandene Versagungsgrund später weggefallen ist.

Dafür sprechen im Übrigen auch verwaltungsökonomische Erwägungen: Denn der Betroffene könnte nach Rücknahme seiner Approbation postwendend wieder eine Approbation beantragen und würde diese auch bekommen, weil ohne das Vorliegen von Versagungsstatbeständen ein Anspruch hierauf besteht.<sup>302</sup> Statt dem Behandelnden also zunächst die Erlaubnis zu entziehen und ihm nunmehr auf der geänderten Sachlage eine neue Approbation zu verleihen, kann die Behörde mit Blick auf eine effiziente Verwaltung von ihrem Rücknahmeermessen Gebrauch machen und bereits von der Entziehung absehen.

---

<sup>302</sup> Siehe schon unter § 1 IV.

War sich der Arzt aber bewusst, dass er qualitativ oder aus gesundheitlicher Sicht eine Gefahr für seine Patienten darstellt und hat er dennoch Behandlungen vorgenommen, so begründet dieses Verhalten seine Unwürdigkeit, sodass die Approbation nach § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO zu widerrufen ist. Ein Anspruch auf Approbation besteht aufgrund der Unwürdigkeit nicht, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BÄO.

#### bb. Berufliche Bewährung und Vertrauensschutz

Teile der Rechtsprechung und der Literatur vertreten außerdem die Auffassung, dass auch weitere positive Aspekte wie die berufliche Bewährung des Betroffenen oder der Gedanke des Vertrauensschutzes im Rahmen des Entschließungsermessens zu berücksichtigen sind.<sup>303</sup> Das gelte auch für den Umstand, dass die Approbationsbehörde über einen langen Zeitraum Kenntnis von den Aufhebungsgründen hat und nicht tätig wird.<sup>304</sup> Wird die Behörde trotz Kenntnis über Jahre hinweg nicht tätig, könne eine spätere Rücknahme einerseits dem Gedanken des Vertrauensschutzes widersprechen, andererseits könne man auch den Rechtsgrundsatz des Verbotes des *venire contra factum proprium* gegen eine solch verspätete Rücknahme einwenden.

Das mag für den Aspekt der beruflichen Bewährung noch richtig sein, sofern diese dazu führt, dass der ursprüngliche Versagungsstatbestand entfällt. In diesem Fall ist allerdings nicht der Zeitablauf der Grund für den Fortbestand, sondern die Tatsache, dass mit dem Zeitablauf auch der ursprüngliche Versagungsgrund entfallen ist. Vertrauensschutzaspekte lassen sich im Rahmen des Entschließungsermessens dagegen nicht berücksichtigen, weil dies dem Zweck der Rücknahme zuwiderliefe. Die Approbation muss in jedem Fall entzogen werden, wenn die Behörde beispielsweise die mangelnde Gleichwertigkeit der Ausbildung des gutgläubigen Betroffenen festgestellt hat und sich an dieser Einschätzung bis zum Zeitpunkt der Rücknahmeentscheidung nichts geändert hat. Ein Ausschluss der Rücknahme unter dem Aspekt des Bestandsschutzes wäre in diesen Fällen im Hinblick auf den Zweck des Schutzes der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung nicht vertretbar.

#### cc. Falsche Beurteilung durch die Approbationsbehörde

Manche Autoren treten darüber hinaus dafür ein, eine Rücknahmeentscheidung als ermessensfehlerhaft zu betrachten, wenn die Rücknahmegründe auf eine falsche Beurteilung durch die Approbationsbehörde zurückzuführen sind. Ein solcher Fehler der Behörde dürfe nicht zu Lasten des betroffenen Arztes gehen.<sup>305</sup>

Auch dem ist zu widersprechen. Dürfte die Approbationsbehörde solche Approbationen nicht zurücknehmen, deren Rechtswidrigkeit auf einem Fehler ihrer-

<sup>303</sup> OVG Bremen, NJW 2003, 1887 (1888) [für die Parallelnorm im ZHG]; ebenso Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 9; Heidelberger Kommentar/Haage, Nr. 160 Rn. 114.

<sup>304</sup> Vgl. Spickhoff/Eichelberger, § 4 ZHG Rn. 11.

<sup>305</sup> Spickhoff/Schelling, § 5 BÄO Rn. 11; Heberer, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S. 98.

seits beruhen, wäre sie gezwungen, die Tätigkeit eines Arztes weiterhin zu dulden, obwohl dieser keine adäquate Medizinerbildung genossen bzw. sie zumindest nicht nachgewiesen hat. So könnte eine Approbation nicht zurückgenommen werden, wenn sich die Behörde hinsichtlich der Gleichwertigkeit der Ausbildung des Antragsstellers geirrt hat. Das ist vor dem Hintergrund des Schutzes der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung nicht vertretbar.

Folglich ist eine falsche Beurteilung durch die Approbationsbehörde, im Rahmen des Entschließungsermessens – also des „ob“ – nicht zu berücksichtigen. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass dieser Aspekt, ebenso wie der des Vertrauensschutzes, für die Rechtsfolge der Rücknahme überhaupt keine Rolle spielt. Vielmehr könnten sie wieder aufzugreifen sein, wenn es um die inhaltliche Ausgestaltung der Rücknahme im Rahmen des Auswahlermessens geht, also um die Frage, „wie“ sie erfolgen soll.

### *c. Zusammenfassung der Ausführungen zum Entschließungsermessens*

Die Unterscheidung zwischen obligatorischen und fakultativen Rücknahmegründen entspringt der verfassungsrechtlichen Wertung, dass die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Patienten und der Allgemeinheit grundsätzlich die Berufsfreiheit des Behandelnden überwiegen. Werden die Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 GG, wie im Falle der nicht abgeschlossenen Ausbildung, zwingend gefährdet, muss die Behörde die Approbation daher zurücknehmen, § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO.

Bei den Rücknahmegründen aus § 5 Abs. 1 S. 2, 3 und 4 BÄO kann die Rücknahme dagegen unverhältnismäßig sein, weil die Versagungsgründe inzwischen nicht mehr vorliegen und Patient und Allgemeinheit mithin nicht mehr gefährdet sind. Die Behörde muss daher auch die Möglichkeit haben, von der Rücknahme abzusehen, weshalb das Gesetz eine Ermessensentscheidung vorsieht.

Bei der Ausübung des Rücknahmeermessens durch die Behörde kann diese lediglich auf den Wegfall des ursprünglichen Versagungsgrundes rekurrieren. Dieser Aspekt ist auch zu beachten, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war. Allerdings kommt dann ein Widerruf der Approbation wegen Unwürdigkeit nach § 5 Abs. 2 S. 1 BÄO in Betracht, sodass die Arzteigenschaft zumindest für die Zukunft entfällt und kein Anreiz besteht, sich durch die verbotene ärztliche Tätigkeit „reinzuwaschen“.

Keine Rolle spielen hingegen der Vertrauensschutzgrundsatz, sowie die Tatsache, dass die Approbationsbehörde bei Erteilung der Erlaubnis einen Fehler gemacht hat.

## 2. Wirkung der Rücknahme

Weitere Vorgaben hinsichtlich der Rechtsfolge neben der Rücknahmeverpflichtung hält § 5 BÄO zumindest *prima facie* nicht bereit. Wie bereits beschrieben, vertritt aber ein Großteil der Literatur<sup>306</sup> die Auffassung, die Rücknahme erfolge immer mit *Ex tunc*-Wirkung. So führt *Schelling*<sup>307</sup> aus, „bei der Rücknahme oder dem Entzug wird die Approbation mit rückwirkender Kraft (*ex tunc*) beseitigt, so dass der Betroffene von Anfang an nicht Arzt war.“ Auch *Haage*<sup>308</sup> ist der Ansicht, „die Rücknahme stelle eine Beseitigung der Approbation mit rückwirkender Kraft“ dar.

Diese Ansicht findet im Wortlaut des § 5 BÄO *expressis verbis* allerdings keine Stütze. Daher ist durch Auslegung zu ermitteln, ob die Rücknahme der ärztlichen Approbation tatsächlich in jedem Fall mit Wirkung für die Vergangenheit erfolgen muss.

### *a. Historische Überlegungen: Woher stammt der Gedanke der pauschalen Ex tunc-Wirkung?*

Ein Blick in die Gesetzgebungsgeschichte der Bundesärzteordnung bezüglich der Frage der zeitlichen Wirkung der Rücknahme führt zunächst zu Ernüchterung. Die Gesetzgebungsmaterialien der Bundesärzteordnung von 1961<sup>309</sup> geben dazu ebenso wenig her wie die Materialien zu den späteren Änderungsgesetzen<sup>310</sup>. Auch die Materialien und die Literatur zu den vorhergehenden Rücknahmeregelungen der Reichsärzteordnung<sup>311</sup> und der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869<sup>312</sup> enthalten hierzu keine Ausführungen.

<sup>306</sup> *Schiny*, § 5 BÄO Rn. 1; Wenzel, FA-MedR/*Schirmer/Doehow*, Kap. 10 Rn. 26; Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 89; Clausen/*Wollersheim*, § 6 Rn. 13; *Janda*, Medizinrecht, S. 100.

<sup>307</sup> *Spickhoff/Schelling*, § 5 BÄO Rn. 1.

<sup>308</sup> *Narr/Haage*, B-II 2 Rn. 1.

<sup>309</sup> Siehe die Regierungsbegründung des Entwurfs einer Bundesärzteordnung, BT Drucks. 3/2745; den schriftlichen Bericht des Ausschusses für das Gesundheitswesen, BT Drucks. 3/2810; die Mitteilung über die Einberufung des Vermittlungsausschusses, BT Drucks. 3/2950; sowie den mündlichen Bericht des Vermittlungsausschusses, BT Drucks. 3/2990.

<sup>310</sup> Siehe die Regierungsbegründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung der Bundesärzteordnung, BT Drucks. 5/3838; sowie den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für das Gesundheitswesen, BT Drucks. 5/4525.

<sup>311</sup> Siehe den Entwurf einer Reichsärzteordnung aufgestellt durch NSDÄB e.V. München, DÄVB e.V. Potsdam und Verband der Ärzte Deutschlands Leipzig vom Juni 1933, der unter dem Namen von Reichsärztführer *Gerhard Wagner* im Reichsinnenministerium eingereicht wurde, Bundesarchiv Koblenz, Außenstelle Potsdam, Reichsministerium des Innern, Aktennummer 26404, Bl. 105 ff. Der Entwurf wurde von der sogenannten Leipziger Runde ausgearbeitet, siehe hierzu *Jachertz*, Deutsches Ärzteblatt 2008, Heft 15, S. A 781 (A 782); auch die Leitsätze für den 50. Deutschen Ärztetag 1931, abgedruckt bei *Knipling*, Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärzteordnung von 1935, S. 58 ff. enthalten zu der Frage unter II. c keine Angaben; ebenso wenig wird die Problematik in der Schilderung des Gesetzgebungsprozesses der Reichsärzteordnung von *Heyder*, Die Reichsärzteordnung von 1935 und ihre Folgen für den ärztlichen Berufsstand in den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur, S. 43 ff. erwähnt. Auch nicht bei *Voigt*, Die Reichsärzteordnung und ihre Vorge-



Um die Frage nach dem Ursprung der Behauptung einer pauschalen *Ex tunc*-Wirkung zu beantworten, sind daher umfassendere Nachforschungen anzustellen, die auch der gesetzgeberischen Entwicklung weiterer akademischer Heilberufe Beachtung schenken. Einen Anhaltspunkt liefert dabei zunächst die Regierungsbegründung für das Änderungsgesetz der Bundestierärztlehrordnung<sup>313</sup> von 1975, nach der die Vorschriften zur Aufhebung der tierärztlichen Approbation denen der BÄO entsprechen. In der BÄO werde wiederum „nunmehr die im *Verwaltungsrecht geklärte Terminologie* [Hervorhebung durch Verfasser], die *zwischen der Rücknahme und dem Widerruf eines Verwaltungsaktes (hier: Approbation) unterscheidet*“, verwendet.<sup>314</sup> Ein weiterer Anhaltspunkt findet sich in der Begründung eines Änderungsgesetzes zum Zahnheilkundengesetz von 1982:

„Die Vorschriften übernehmen anstelle der veralteten Bestimmungen des Zahnheilkundengesetzes die einschlägigen Regelungen der Bundesärztlehrordnung, die durch wiederholte Änderungen in jüngster Zeit der Rechtsentwicklung, insbesondere auf dem Gebiet des *Verwaltungsverfahrensrechts* [Hervorhebung durch Verfasser], *angepaßt worden sind.*“<sup>315</sup>

Diese Ausführungen deuten jeweils auf eine Diskussion hin, die bis in die Mitte der 1960er Jahre im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts geführt wurde. Offenbar sind die Aufhebungsvorschriften der akademischen Heilberufe eng mit dieser Entwicklung verknüpft. Denn auch die heilberufsrechtliche Literatur zeigt einen Zusammenhang mit der Entwicklung im allgemeinen Verwaltungsrecht deutlich auf. So verweist *Narr* in seiner Kommentierung der Bundesärztlehrordnung zur Begründung der *Ex tunc*-Wirkung auf Lehrbücher des allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>316</sup> Daher erscheint es lohnenswert, diese Spur weiter zu verfolgen und zunächst die Diskussion im allgemeinen Verwaltungsrecht nachzuzeichnen.

---

sichte, S. 34; sowie *Bendheuer*, Der ärztliche Berufsstand im Lichte der neuen Reichsärztlehrordnung, S. 39 und *Knüpling*, Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärztlehrordnung von 1935.

<sup>312</sup> Siehe die Motive zum Entwurf einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, in: Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislaturperiode 1868 2. Band, Aktenstück 43 (S. 128); siehe außerdem die Diskussion über den Entwurf der GewO 1869 im Reichstagsplenarium, nachgezeichnet von *Bunge*, Heilberufe und Kurierfreiheit, ihre rechtshistorische Entwicklung vor und in der G.O. 1869, S. 27 ff., wo die Problematik ebenfalls nicht aufgegriffen wurde.

<sup>313</sup> Bundes-Tierärztlehrordnung (BTÄO) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 1981 (BGBl. I S. 1193), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. April 2017 (BGBl. I S. 817) geändert worden ist.

<sup>314</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Änderungsgesetzes zur BTÄO, BT Drucks. 7/2504, S. 5.

<sup>315</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Änderungsgesetzes zum ZHG, BT Drucks. 9/1987, S. 14–15.

<sup>316</sup> *Narr/Narr*, 1. Auflage (1973), S. 17.

### aa. Rechtsentwicklung im Bereich der Aufhebung von Verwaltungsakten

Die Aufhebung von Verwaltungsakten war vor Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht gesetzlich geregelt.<sup>317</sup> Trotzdem stand die behördliche Möglichkeit, einen Verwaltungsakt wieder zu beseitigen, nie ernsthaft zur Disposition.<sup>318</sup> Mangels einer Regelung waren Rechtsprechung und Wissenschaft aber gezwungen, das Recht an dieser Stelle selbstständig (fort-)zu entwickeln. Es galt, „allgemeine Rechtsgrundsätze“<sup>319</sup> herauszubilden, die bezüglich ihrer Geltung auf derselben Ebene angesiedelt wurden wie geschriebenes Recht.<sup>320</sup>

Befeuert wurde diese Entwicklung durch die Folgen des zweiten Weltkrieges. Die hohe Anzahl an Kriegsgeschädigten führte dazu, dass der Staat vermehrt in sozialer Funktion tätig wurde, in dem er beispielsweise Witwenrenten und Kriegsoferentschädigungen auszahlte.<sup>321</sup> Damit verbunden war eine starke Zunahme an begünstigenden Verwaltungsakten, auf deren Grundlage die jeweiligen Leistungen vorgenommen wurden und mit der auch eine Zunahme an rechtswidrig erteilten Verwaltungsakten einherging.<sup>322</sup> Da sich der Bürger gemeinhin nicht gegen die Aufhebung ihn belastender Verwaltungsakte wehrt, er Vergünstigungen aber nicht verlieren möchte, rückte in der Folge insbesondere die Aufhebung solcher begünstigender Verwaltungsakte in den Fokus der Diskussion.<sup>323</sup>

Die verschiedenen Ansichten zu der Frage, ob ein begünstigender Verwaltungsakt aufgehoben werden kann, resultieren letztlich aus einem Interessenkonflikt.<sup>324</sup> Auf der einen Seite steht der Schutz des einzelnen Bürgers in den Fortbestand der ihn begünstigenden behördlichen Entscheidung. Auf der anderen Seite stehen die Bedürfnisse der modernen Verwaltung nach Flexibilität und Schnelligkeit, um mit den Entwicklungen des schnelllebigen industriellen Zeitalters Schritt

<sup>317</sup> Knoke, Rechtsfragen Rücknahme, S. 23; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 260.

<sup>318</sup> Mann/Sennekamp/Uechtritz/Suerbaum, § 48 Rn. 7.

<sup>319</sup> Hierzu: Wolf/Bachof, VerwR I, 9. Auflage, § 25 I; Erichsen/Martens/Ossenbühl, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 92; ausführlich *Musgnug*, FS Universität Heidelberg, S. 203 (204 ff.).

<sup>320</sup> Deterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 109.

<sup>321</sup> Ossenbühl, DÖV 1964, 511; Becker/Lubmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 21; Rottentwallner, DVP 2015, S. 135; vgl. auch BVerwGE 5, 312.

<sup>322</sup> Hauwisen, DVBl. 1960, S. 913; Lenz, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S. 2.

<sup>323</sup> Demgegenüber wurde die Aufhebbarkeit belastender Verwaltungsakte, seien es rechtmäßige oder rechtswidrige, von allen Autoren bejaht, siehe: Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 261 und 264; Becker/Lubmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 14; Erning, Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 4 f.; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 282 Fn. 1; Pöppinghaus, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 50; Kimminich, JuS 1965, S. 249 (250); Schunck/De Clerck VwGO, S. 185. Bei rechtmäßigen Bescheiden lag sie im Ermessen der Behörde, wobei keine Aufhebung vorgenommen werden durfte, wenn ein Verwaltungsakt mit gleichem Inhalt erneut erlassen werden müsste, siehe Kimminich, JuS 1965, S. 249 (250). Für rechtswidrige Bescheide ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG eine Rechtspflicht zur Rücknahme, siehe Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 261; Kimminich, JuS 1965, S. 249 (250). Diese Auffassung findet heute ihre Entsprechung in § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG, siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 68.

<sup>324</sup> Zum Ganzen: Kimminich, JuS 1965, S. 249.

zu halten. Dazu ist erforderlich, dass eine Behörde Entscheidungen auch wieder aufheben kann, da sie ansonsten im Vorfeld ihres Handelns eine zu genaue Prüfung vornehmen müsste, die das Verwaltungshandeln entscheidend verlangsamten würde.<sup>325</sup> Ferner sind Umstände denkbar, die auch bei genauester Prüfung im Vorfeld der Behördenentscheidung nicht erkennbar waren und nunmehr eine andere behördliche Behandlung erforderlich machen.

Die mit dem Bedarf an Rechts- und Planungssicherheit notwendig verbundene Starrheit und Unabänderlichkeit behördlicher Entscheidungen steht den Interessen an einer funktionierenden Verwaltung diametral entgegen, sodass es an Rechtsprechung und Lehre war, einen angemessenen Interessenausgleich zu finden. Naturgemäß bildeten sich diesbezügliche unterschiedliche Auffassungen, was letztlich darauf zurückzuführen ist, dass die auszugleichenden Interessen jeweils anders gewichtet wurden.

#### (1) Grundsatz von der freien Widerruflichkeit von Verwaltungsakten

Betrachtet man die Rechtsentwicklung zur Aufhebung rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte,<sup>326</sup> überwog zunächst das Interesse an einer flexiblen Verwaltung. Ergebnis war ein liberaler Ansatz,<sup>327</sup> wonach die Behörde an einen erlassenen Verwaltungsakt nicht gebunden war, sondern diesen grundsätzlich wieder aufheben konnte.<sup>328</sup> Eine Behörde müsse immer in der Lage sein, ihr rechtswidriges Handeln zu korrigieren.<sup>329</sup> Als Argument wurde der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG herangezogen.<sup>330</sup> Teilweise wurde auch angeführt, dass der Fortbestand eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsaktes eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Personenkreis darstellt, die den Verwaltungsakt aufgrund der Rechtswidrigkeit gar nicht erst erhalten hatten und daher gegen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz verstößt.<sup>331</sup> Nach Auffassung des Hamburgischen Obergerichtes handelte es sich bei dem Grundsatz der freien Widerrufbarkeit um einen allgemein anerkannten Rechtsgrundsatz.<sup>332</sup>

Der Hintergrund dieser Rechtsauffassung liegt in der Entwicklung vom Standes- und Lehnswesen hin zu einer egalitären staatsbürgerlichen Gesellschaft. Im Zuge der französischen Revolution und der einsetzenden liberalen Bewegung

<sup>325</sup> *Schaefer*, Rundschau für Lastenausgleich, S. 305 (307); vgl. auch *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 282.

<sup>326</sup> Siehe hierzu insgesamt die Darstellung in *Becker/Lubmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 18 ff.

<sup>327</sup> Vgl. VGH München, VerwRspr. 1952, 144 f.; OVG Münster DÖV 1956, 151; VGH Kassel DVBl. 1958, 763.

<sup>328</sup> *Nebinger*, Verwaltungsrecht, S. 216; *von Turegg*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 129; *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 335.

<sup>329</sup> OVG Lüneburg, DVBl. 1956, 24; VGH Kassel, DVBl. 1958, 763.

<sup>330</sup> VGH München, VerwRspr. 1952, 144; ebenso *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 731.

<sup>331</sup> VGH Kassel, DVBl. 1958, 763; VGH München, VerwRspr. 1952, 144 f. (bezogen auf Art. 118 der Verfassung des Freistaates Bayern).

<sup>332</sup> OVG Hamburg, VerwRspr. 1951, 579 (586).

mussten feste Besitzstände, also beispielsweise exklusive Gewerbeberechtigungen, mit Hilfe von Reformgesetzen aufgebrochen werden, um dem aufkommenden Freiheitsdrang gerecht zu werden. Dabei musste sichergestellt werden, dass auch in Zukunft keine Begründung hoheitlicher Privilegien möglich war, die dann wieder zur Ungleichheit unter den Bürgern geführt hätte. Begünstigende Verwaltungsakte mussten mithin frei aufhebbar sein, um eine Verkrustung der gerade erst befreiten Gesellschaft zu verhindern. Das galt selbst für rechtmäßige, erst recht aber für rechtswidrige Verwaltungsakte.<sup>333</sup>

## (2) Wandel infolge der Rechtsprechung des OVG Berlin

Den Wendepunkt<sup>334</sup> markiert ein Urteil des Oberverwaltungsgericht Berlin aus dem Jahr 1956, worin der Aspekt des Vertrauensschutzes im Zusammenhang mit der Aufhebung von Verwaltungsakten stärker gewichtet und damit auch dem Interesse der betroffenen Bürger Rechnung getragen wurde.<sup>335</sup> Danach gab es gerade keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz,

*„daß ein begünstigender Verwaltungsakt lediglich mit der Begründung, er widerspreche dem geltenden Recht, von der Behörde zurückgenommen werden kann [...]. Die Rücknahme eines begünstigenden Verwaltungsaktes, der den Beteiligten eine schutzwürdige Rechtsposition eingeräumt hat, ist nur dann zulässig, wenn sie durch ein überwiegendes öff. Interesse gerechtfertigt ist.“<sup>336</sup>*

Bevor ein Verwaltungsakt zurückgenommen werden konnte, sei also eine Abwägung des öffentlichen Interesses an der Rücknahme mit dem Interesse des Adressaten am Bestand des Verwaltungsaktes vorzunehmen.

Dieser Auffassung schloss sich das Bundesverwaltungsgericht an.<sup>337</sup> Auch in der Literatur überwog die Zustimmung<sup>338</sup>; es gab jedoch auch Gegenstimmen.

<sup>333</sup> Eingängig hierzu *Bullinger*, JZ 1999, S. 905 (909 f.).

<sup>334</sup> *Becker/Lubmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 21 f.; *Schütz*, DÖV 1958, S. 449; relativierend: *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (253).

<sup>335</sup> OVG Berlin, DVBl. 1957, 503 (504 f.); siehe hierzu auch die Revisionsentscheidung des BVerwG in: BVerwGE 9, 252, wo an dem Grundsatz der Rücknehmbarkeit ausdrücklich festgehalten wird. Das Urteil des OVG kann allerdings nicht als Geburtsstunde des Vertrauensschutzgrundsatzes gesehen werden. Vielmehr haben Lehre und Rechtsprechung den Gedanken schon vor dem 2. Weltkrieg herausgearbeitet, siehe Püttner, VVDStRL 1974, S. 200 (208 ff.).

<sup>336</sup> OVG Berlin, DVBl. 1957, 503.

<sup>337</sup> BVerwGE 5, 312 (313); 8, 261 (269); 10, 308 (309); 19, 188 (189); 38, 290 (294); 40, 212 (216).

<sup>338</sup> *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 17 ff., 27 f.; *Mainka*, Vertrauensschutz, S. 41 f.; *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, § 53 V d); *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (253ff.); *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 38; *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 38; *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 125; *Erning*, Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte S. 31 und 69; *Erning*, DVBl. 1959, S. 795 ff.; DVBl. 1960, S. 188 (189); *Rohwer-Kablmann* in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, S. 50 f.; *Menger*, VerwArch. 1958, S. 82 f.; *Menger*, VerwArch. 1959, S. 86 f.

## (a) Kritik am Vertrauensschutzgedanken

Diese Gegenstimmen hielten das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für unumstößlich, sodass es Vorrang vor allen anderen rechtlichen Erwägungen haben musste. In einem Rechtsstaat dürfe Verwaltungshandeln nicht gegen das Gesetz verstoßen und müsse immer korrigierbar sein, selbst wenn der Adressat schutzwürdig auf die Rechtmäßigkeit vertraut hat.<sup>339</sup> In der bisherigen Diskussion sei außerdem nicht bedacht worden, dass der Adressat den aus dem schutzwürdigen Vertrauen resultierenden Schaden nicht selber trägt, sondern einen Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG gegen den handelnden Beamten habe. Dass der Anspruch nur bei Verschulden gewährt wird, sei hinzunehmen, jedenfalls könne man diese Anspruchsvoraussetzung nicht dadurch umgehen, dass man die Aufhebbarkeit entgegen Art. 20 Abs. 3 GG verneint.<sup>340</sup>

Die Kritik insbesondere *Forstboffs* fußte auf der Befürchtung, dass die strenge rechtsstaatliche Formalisierung hoheitlicher Funktionen zu erodieren drohe. Es könne keinen Vertrauensschutz *contra legem* geben, denn der Rechtsstaat gebe sich selbst auf, wenn er nicht daran festhalte, dass Recht- und Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns Vorrang vor allen sonstigen Erwägungen haben muss.<sup>341</sup> Der Rückgriff auf den Vertrauensschutzgedanken wurde sogar als „außerjuristisch“ bezeichnet.<sup>342</sup>

Andere stellten auf Art. 3 Abs. 1 GG ab und erklärten einen wegen schutzwürdigem Vertrauen aufrechterhaltenen rechtswidrigen Verwaltungsakt als nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem.<sup>343</sup>

Zu den Gegnern der herrschenden Auffassung gehörte auch der 3. Senat des Bundessozialgerichtes: Der Ausgleich zwischen Rechtssicherheit und der Gesetzmäßigkeit des Verwaltungshandelns sei dem Gesetzgeber vorbehalten. Ferner sei die jeweilige Entscheidung kaum noch vorhersehbar.<sup>344</sup>

## (b) Argumente für die Berücksichtigung des Vertrauensschutzaspektes

Diesen Argumenten wurde entgegengehalten, dass in Art. 20 Abs. 3 GG zwar das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung niedergelegt sei. Allerdings werde an keiner Stelle erwähnt, welche Folgen es habe, wenn dieses Prinzip einmal nicht beachtet werde.<sup>345</sup> Jedenfalls enthalte die Verfassung kein ausdrückliches Gebot, in

---

<sup>339</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 263; *Schütz*, DÖV 1958, S. 449; *Scheerbarth*, DVBl. 1960, S. 185 ff.; siehe hierzu auch *Musgnug*, FS Universität Heidelberg, S. 203 (212), wonach dieses Argument bis zum Inkrafttreten des VwVfG nicht vollständig widerlegt werden konnte.

<sup>340</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 263 Fn. 1; *Scheerbarth*, DVBl. 1960, S. 185 (187).

<sup>341</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 262 f.; hiergegen Stellung beziehend: *Rohwer-Kahlmann* in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, S. 74 ff.

<sup>342</sup> *Scheerbarth*, DVBl. 1960, S. 185 (187); vgl. auch die Kritik von *Tietgen*, DVBl. 1959, S. 890 als Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 24.9.1959 – II C 405/57.

<sup>343</sup> *Wagner*, MDR 1960, S. 546 (547) Fn. 12; siehe auch VGH Kassel, DÖV 1961, 74 f. (Sp. 26).

<sup>344</sup> BSGE 15, 252 (257 f.).

<sup>345</sup> *Bachof*, JZ 1962, S. 745 (750).

jedem denkbaren Fall den rechtmäßigen Zustand wiederherzustellen. Denn ansonsten wären alle einfachgesetzlichen Normen verfassungswidrig, die einem solchen Gebot zuwiderlaufen, wie insbesondere die Regelungen zur formellen und materiellen Rechtskraft von Verwaltungsakten, die auch bei rechtswidrigen Verwaltungsakten eintritt.<sup>346</sup>

Auch erfolge die Gewährung von Vertrauensschutz nicht *contra legem*, weil der Vertrauensschutz selbst im Gesetz angelegt ist. Daher sei eher die Nichtbeachtung des Vertrauensschutzgrundsatzes als *contra legem* zu bezeichnen.<sup>347</sup>

Ferner stehe das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dem der Rechtssicherheit keineswegs isoliert gegenüber. Vielmehr könne ein Verstoß gegen Art. 20 Abs. 3 GG auch darin liegen, dass die Behörde den Aspekt der Rechtssicherheit missachtet.<sup>348</sup>

Darüber hinaus liege das Telos der Gesetzesbindung im Schutz der Bürger.<sup>349</sup> Dieser werde aber in sein Gegenteil verkehrt, wenn man auf Grundlage von Art. 20 Abs. 3 GG Vertrauensschutzaspekte für unbeachtlich hält.<sup>350</sup>

Auch der Gleichheitssatz sei nicht verletzt,<sup>351</sup> da man nicht von einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem sprechen könne. Die Lage des Bürgers, der schutzwürdig auf den Bestand eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes vertraut hat, sei gerade nicht mit der Lage anderer Bürger zu vergleichen.<sup>352</sup> Während sich der Vertrauende auf den jeweiligen Verwaltungsakt eingestellt und ihn zur Grundlage seiner Lebensverhältnisse gemacht hat, haben die anderen Bürger keine vergleichbaren Vertrauensbetätigungen vorgenommen.<sup>353</sup>

Schließlich sei auch kein Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB iVm. Art. 34 GG gegeben, weil es an einem rechtswidrigen Schaden fehle. Denn der Aufhebungsbescheid sei gerade rechtmäßig ergangen und der ursprüngliche Bescheid sei als begünstigender Verwaltungsakt nicht unter den Schadensbegriff zu subsumieren.<sup>354</sup> Ferner sei zweifelhaft, ob der Erlass eines fehlerhaften begünstigenden Verwaltungsaktes gegenüber dem Begünstigten als Amtspflichtverletzung anzuse-

<sup>346</sup> BVerwG, NJW 1961, 1130 (1131); OVG Berlin, DVBl. 1957, 503 (505); zustimmend: *Mainka*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 38; *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (254). *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 38.

<sup>347</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511 (517); *Geurts*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S. 17.

<sup>348</sup> *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 38.

<sup>349</sup> OVG Berlin, DVBl. 1957, 503 (505); *Erning*, Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 33; DVBl. 1960, S. 188 (190); *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 32; a.A.: *Schütz*, DÖV 1958, S. 449, wonach der Grundsatz die Rechtsstaatlichkeit in umfassender Weise sichern soll.

<sup>350</sup> *Becker/Lubmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 122.

<sup>351</sup> *Schäfer*, DÖV 1960, S. 851 (855 Fn. 21).

<sup>352</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511 (517).

<sup>353</sup> BVerwG, NJW 1960, 692 (693 f.).

<sup>354</sup> *Erning*, DVBl. 1960, S. 188 (190).

hen sei.<sup>355</sup> Auch werde es dem Bürger schwerfallen, ein schuldhaftes Handeln des zuständigen Beamten nachzuweisen.<sup>356</sup>

Nach *Wirth* wendet sich der Bürger nicht gegen die Rücknahme des Verwaltungsaktes als solche, sondern gegen den aus der Rücknahme resultierenden Rückforderungsanspruch der Behörde. Denn den Bürger kümmere es nicht, ob der Verwaltungsakt, auf dem seine Begünstigung beruht, zurückgenommen werden oder nicht. Ihm komme es nur darauf an, ob er die jeweilige Leistung behalten darf. Vertrauensschutz sei daher nur gegenüber dem Rückforderungsanspruch vorzubringen, nicht aber gegenüber der Rücknahme des ursprünglichen Verwaltungsaktes.<sup>357</sup>

Dieser Ansicht ist allerdings mit dem Argument entgegengetreten worden, dass Rücknahmeentscheidung und Rückforderung eng miteinander verzahnt sind. Die Rückforderung kann nur nach der Rücknahme erfolgen, weil der ursprüngliche Verwaltungsakt einen Rechtsgrund für das Behalten der Vergünstigung enthält. Der Vertrauensschutz ist sowohl für die Frage der Rücknahme als auch für die der Rückforderungen des Geleisteten relevant.<sup>358</sup> Darüber hinaus passte diese Auffassung erkennbar nicht in solchen Fällen, in denen es um die Rücknahme eines statusbegründenden Verwaltungsaktes geht. So ist es im Falle der ärztlichen Approbation durchaus im Interesse des Arztes, ob diese zurückgenommen wurde oder nicht.

Letztlich mündete der Streit mit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes 1977 in die gesetzgeberische Entscheidung zugunsten der herrschenden Auffassung, nach der eine Abwägung zwischen dem Rücknahmeinteresse des Staates und dem Vertrauensschutz des Betroffenen vorzunehmen ist, siehe § 48 VwVfG.

### (3) Rückwirkung der Aufhebung im allgemeinen Verwaltungsrecht

Über die grundsätzliche Frage der Aufhebbarkeit hinaus wurde auch die Folgefrage kontrovers diskutiert, welche zeitliche Wirkung der Aufhebung zukam.

*Peters*<sup>359</sup> war der Auffassung, die Aufhebung eines Verwaltungsaktes könne immer nur mit *Ex nunc*-Wirkung erfolgen, eine Rückwirkung schloss er aus. Die herrschende Auffassung sah dies im Grundsatz ebenso und ging von einer *Ex nunc*-Wirkung aus, weil das Vertrauen des Begünstigten auch mit Blick auf die zeitliche Wirkung der Rücknahme geschützt werden muss. Allerdings waren auch Ausnahmen von der grundsätzlichen *ex nunc*-Wirkung möglich.<sup>360</sup> Eine solche

---

<sup>355</sup> *Lenz*, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S. 2.

<sup>356</sup> *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 38; *Lenz*, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S. 2.

<sup>357</sup> *Wirth*, DÖV 1960, S. 173 ff.

<sup>358</sup> *Clasen*, DÖV 1960, S. 899 f.

<sup>359</sup> *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, S. 170 f.

<sup>360</sup> OVG Koblenz, ZBR 1954, 119 (120); OLG Koblenz, RIA 1955, 239 f.; *Neuhäuser*, Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, S. 102; *Giese*/

Ausnahme wurde im Falle der Herbeiführung des Verwaltungsaktes mittels einer arglistigen Täuschung, widerrechtlicher Drohung oder sonst einem unlauteren Mittel angenommen.<sup>361</sup>

Das Oberverwaltungsgericht Koblenz nahm eine Rückwirkung nur an, wenn diese ausdrücklich im Gesetz vorbehalten war.<sup>362</sup> Ähnliches klingt bei *Pöppinghaus* an, wenn er die Anordnung der Rückwirkung von „*einer rechtssatzmäßigen Ermächtigung*“ abhängig machte, damit der Bürger sich über diese Möglichkeit im Vorfeld im Klaren ist.<sup>363</sup>

Nach anderer Auffassung war der Verwaltungsakt im Regelfall mit *Ex tunc*-Wirkung aufzuheben.<sup>364</sup> *Kormann*<sup>365</sup> begründete dies insbesondere durch einen systematischen Vergleich mit § 32 FGG, sowie auf weitere Vorschriften, die im Allgemeinen eine Aufhebung *ex tunc* vorsehen. *Fleiner*<sup>366</sup> zieht einen Vergleich zu der Nichtigkeit des Verwaltungsaktes, die ebenfalls von Anfang an besteht. Zurücknahme und Nichtigkeit unterscheiden sich nur in der Art der Beseitigung des Verwaltungsaktes, nicht aber in ihrer Wirkung.

Teilweise wurde auch eine generelle Feststellung der zeitlichen Wirkung verneint und auf eine Einzelfallprüfung verwiesen.<sup>367</sup> Schließlich machte *Schaefer* die zeitliche Wirkung von der Frage abhängig, in wessen Verantwortungsbereich die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes fiel.<sup>368</sup>

Letztlich hat sich der Gesetzgeber mit Einführung des Verwaltungsverfahrensgesetzes 1977 dazu entschlossen, die zeitliche Wirkung der Rücknahme im allgemeinen Verwaltungsrecht größtenteils dem Ermessen der Behörde zu überlassen, siehe § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG.

#### (4) Uneinheitliche Terminologie

Ergebnis dieses bis 1977 unregulierten Zustandes und der daraus resultierenden Debatte über die Aufhebung von Verwaltungsakten war eine uneinheitliche Begriffsbildung.<sup>369</sup>

---

*Neunviem/Cahn*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 102 f.; *Erning*, DVBl. 1959, S. 795 (796); *Lange*, DÖD 1956, S. 221 (223); *von Turgg*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 129; *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 287; *Gützkon*, NJW 1964, S. 1449 (1451); vgl. ferner *Nebinger*, Verwaltungsrecht, S. 222 f.

<sup>361</sup> *Hauelsen*, NJW 1954, S. 1427; *Sommer*, DÖV 1954, S. 655 (656); *Schütz*, DÖD 1956, S. 102 (104); *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 73; *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 123; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 272; *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 287; *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (256).

<sup>362</sup> OVG Koblenz, ZBR 1954, 119 (120).

<sup>363</sup> *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 45.

<sup>364</sup> *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 315, 329; *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 206 Anm. 78; siehe auch RGZ 124, 192 (195).

<sup>365</sup> *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 315 ff.

<sup>366</sup> *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S. 206.

<sup>367</sup> BVerwG, DÖV 1957, 911 (912); im Anschluss an VGH Mannheim, VerwRSpr. 1951, 304 (305); ebenso *Hauelsen*, NJW 1954, S. 1425 (1428); *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 72.

<sup>368</sup> *Schaefer*, Rundschau für Lastenausgleich, S. 305 (342); ebenso *Rösener*, BerufsGen 1959, S. 515.



Unklarheiten bestanden schon bei der Bildung eines Oberbegriffs für die Aufhebung von Verwaltungsakten. Die Bandbreite der Begrifflichkeiten reichte von „Aufhebung“<sup>370</sup>, über „Beseitigung“<sup>371</sup> bis zum „Widerruf (im weiteren Sinne)“<sup>372</sup>. Dabei wurde gegen den Begriff der Aufhebung vorgebracht, dass er von zahlreichen Gesetzen für die Beseitigung von Verwaltungsakten im Rahmen eines Rechtsbehelfs- oder Aufsichtsverfahrens verwendet wurde.<sup>373</sup>

Sodann wurde eine Differenzierung anhand der jeweiligen zeitlichen Wirkung vertreten. *Wolff*<sup>374</sup> unterteilte zunächst in die Oberbegriffe der „Aufhebung“ und des „Widerrufs“. Bei der Aufhebung handele es sich um die Kassation im förmlichen Rechtsmittelverfahren, die in der Regel *Ex tunc*-Wirkung habe. Unter Widerruf verstand er die Geltungsbeendigung durch Verwaltungsakt der Behörde, die den ursprünglichen Verwaltungsakt erlassen hat bzw. durch ihre Aufsichtsbehörde außerhalb des Rechtsmittelverfahrens. Innerhalb des Widerrufs differenzierte er dann nach der zeitlichen Wirkung. Der Widerruf mit *Ex tunc*-Wirkung wurde als „Zurücknahme“ bezeichnet, der Widerruf mit Wirkung für die Zukunft als „Beseitigung“.

Nach Auffassung von *Dickmann* hatte die „Aufhebung“ *ex nunc*-Wirkung, während der Verwaltungsakt beim „Widerruf“ rückwirkend entfallen sollte.<sup>375</sup>

Teilweise wurde auch der jeweilige Typus des Verwaltungsaktes als Kriterium ausgemacht, sodass für begünstigende Verwaltungsakte der Widerruf einschlägig war, während belastende zurückzunehmen waren.<sup>376</sup>

*Von Turegg* differenzierte danach, ob der betroffene Verwaltungsakt bereits unanfechtbar geworden ist. Lief die Rechtsbehelfsfrist noch, konnte der Verwaltungsakt zurückgenommen werden. Nach Ablauf der Frist sei von Widerruf zu sprechen.<sup>377</sup>

*Schütz* unterschied zunächst nach der jeweiligen Behörde. Handelt die Behörde, die den Verwaltungsakt ursprünglich erlassen hat, sprach er von Rückgängigmachung, während er bei Tätigwerden einer höheren Behörde von der Aufhebung sprach. Im Falle der Rückgängigmachung differenzierte er dann danach, ob der

---

<sup>369</sup> *Erning*, Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, S.11; *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 42 spricht von einer „weitgehenden Sprachverwirrung“.

<sup>370</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 260; *Kimminich*, JuS 1965, S. 249, Begründung zum Entwurf eines VwVfG, BT-Drucks. 7/910, S. 67.

<sup>371</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 455.

<sup>372</sup> *Erning*, Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, S. 13; *Giese/Neuwien/Cahn*, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 99; *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, S. 165.

<sup>373</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 455; so auch *Piechulek*, JR 1957, S. 247 (248).

<sup>374</sup> *Wolff*, VerwR I, 7. Auflage 1968, S. 356. Dem schlossen sich an: *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 45; *Erning*, Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 12 f.

<sup>375</sup> *Dickmann*, DÖV 1957, S. 278 (282).

<sup>376</sup> *Sommer*, DÖV 1954, S. 655 (656); ebenso *Schütz*, DÖD 1956, S. 102; *Schütz*, DÖV 1958, S. 449; zustimmend *Schäfer*, DVBl. 1960, S. 837 (839).

<sup>377</sup> *von Turegg*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 128.

Verwaltungsakt begünstigender (Widerruf) oder belastender (dann Rücknahme) Natur war.<sup>378</sup>

*Schäfer* verwendete einheitlich den Begriff des Widerrufs.<sup>379</sup> Auch *Jellinek* nahm überhaupt keine Differenzierung vor, sondern sprach grundsätzlich vom Widerruf, teilweise aber auch von der Zurücknahme.<sup>380</sup>

Diese Unklarheit machte schließlich auch vor dem Bundesverwaltungsgericht nicht halt, das in seiner Entscheidung vom 28.10.1959 für die Aufhebung eines fehlerhaften Pensionsfestsetzungsbescheides den Begriff des Widerrufs benutzte, sicherheitshalber – in Klammern – aber auch den Begriff der Rücknahme erwähnte.<sup>381</sup>

Überwiegend vertreten wurde aber eine Differenzierung nach der rechtlichen Beurteilung des aufzuhebenden Verwaltungsaktes. *Kormann*<sup>382</sup> sah im „Widerruf“ eines Verwaltungsaktes seine abstrakte Vernichtung durch einen neuen Verwaltungsakt. Im Falle der Rechtswidrigkeit des Ausgangsverwaltungsaktes müsse sich der Widerruf auf einen Rechtsgrund stützen, der in der Anfechtbarkeit liege. Daher sprach er bezüglich der Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes auch vom „Widerruf kraft Anfechtung“. Später wurde die Aufhebung rechtswidriger/fehlerhafter Bescheide als „Rücknahme“ oder „Zurücknahme“ bezeichnet, die rechtmäßiger/fehlerfreier Bescheide als „Widerruf“.<sup>383</sup> Die Begriffspaare rechtmäßig/fehlerfrei bzw. rechtswidrig/fehlerhaft wurden synonym verwendet.<sup>384</sup>

Dabei wurde aber auch angemerkt, dass die Unterteilung zwar auf den ersten Blick nach dem aufzuhebenden Objekt vorgenommen wurde, in Wahrheit jedoch der unterschiedliche Zweck als Kriterium diene. Die Rücknahme habe die Korrektur von Fehlern zum Ziel, während es im Rahmen des Widerrufs um eine Anpassung an eine veränderte Sach- oder Rechtslage gehe.<sup>385</sup> Auch wurde ein inhaltlicher Unterschied ausgemacht: Die Rücknahme sei auf die Vernichtung des ursprünglich fehlerhaften Verwaltungsaktes gerichtet, sodass es sich bei ihr um das

<sup>378</sup> *Schütz*, DÖD 1956, S. 102.

<sup>379</sup> *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 3.

<sup>380</sup> Siehe *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S. 279 ff. und insbesondere 283.

<sup>381</sup> BVerwGE 9, 251 (252 f.); ebenso in: BVerwGE 18, 168 (169); 19, 275 (278).

<sup>382</sup> *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S. 312 f.

<sup>383</sup> BSG, NJW 1956, 968; OVG Berlin, DVBl. 1957, 503 (504); VGH Mannheim, ZBR 1960, 163; OVG Koblenz, Urteil vom 28.7.1960 – 1 A 21/58, zitiert bei *Schnock-De Clerck*, VwGO, 1961, S. 185; Amtliches Mitteilungsblatt des Bundesausgleichsamtes 1956, S. 491; *Hauelsen*, NJW 1954, S. 1425; *Hauelsen*, DVBl. 1957, S. 506 als Anmerkung zu OVG Berlin, Urteil vom 14.11.1956 – VII B 12/56; *Hauelsen*, DVBl. 1960, S. 913 (914); *Schaefer*, Rundschau für Lastenausgleich, 1955 S. 305 Rn. 2; *Baring*, JR 1960, S. 241 (243); so auch *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht Band 2, S. 339 f.; *Lange*, DÖD 1956, S. 221 Fn 1; *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 449 f.; *Piechulek*, JR 1957, S. 247 (248); *Richter*, ZLA 1955, S. 53; *Rösener*, BerufsGen 1959, S. 507; *Weber*, BKK 1960, S. 234 f.; *Naumann*, DVBl 1952, S. 633 als Anmerkung zu LG Ansbach, 5.10.1951 – S 13/50; *Zschacke*, NJW 1954, S. 1436 (1437).

<sup>384</sup> *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (251 f.).

<sup>385</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 451 f.

Wiederaufgreifen eines abgeschlossenen Verfahrens handelt. Beim Widerruf bleibe dagegen der ursprüngliche Verwaltungsakt unangetastet, seine Geltung wird in einem neuen Verfahren durch einen neuen Verwaltungsakt beendet. Im Rahmen der Rücknahme wurde daher von Geltungsvernichtung, mit Blick auf den Widerruf von Geltungsbeendigung gesprochen.<sup>386</sup>

Außerdem wurde eine gewisse Ungenauigkeit bei der Begriffsbildung in mehrfacher Hinsicht festgestellt:<sup>387</sup> Zunächst seien auch Fälle denkbar, in denen ein Verwaltungsakt zwar rechtswidrig ist, dies aber nicht zwangsläufig seine Rücknehmbarkeit zur Folge habe. Auch stehe noch gar nicht fest, ob ein zurückgenommener Verwaltungsakt tatsächlich rechtswidrig war; dies könne nur gerichtlich festgestellt werden, wenn die Rücknahme angefochten wird.<sup>388</sup> Man solle daher nicht von der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte sprechen, sondern von Rücknahme „wegen angeblicher Rechtswidrigkeit“. Außerdem könne auch ein rechtmäßiger Verwaltungsakt widerrufen werden. Schließlich könne ein belastender Verwaltungsakt nicht nur im Falle seiner Rechtswidrigkeit zurückgenommen werden, sondern auch aus Billigkeitserwägungen oder wenn er unzumutbar ist.

In Anbetracht der Zweckmäßigkeit einer einheitlichen Terminologie wurde aber über diese Ungenauigkeiten hinweggesehen. Sie wurden als unschädlich bezeichnet, solange man sich der mit ihnen einhergehenden Verkürzung bewusst war.<sup>389</sup>

Die Unterteilung nach Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit setzte sich im Lauf der Zeit mehr und mehr durch, weil eine Reihe von Autoren mit Blick auf die Vorteile eines terminologischen Konsenses von ihren Ansichten Abstand nahmen und sich dieser Auffassung anschlossen.<sup>390</sup> Sie wurde mit Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes 1977 kodifiziert.

##### (5) Auswirkungen auf die Gesetzgebung der Bundesärzteordnung

Im Zeitpunkt der ersten Fassung der Bundesärzteordnung von 1961 hatte sich der begriffliche Konsens noch nicht gebildet, was schon daran deutlich wird, dass § 5 BÄO 1961 den Widerruf nicht erwähnt, sondern nur von der Rücknahme spricht. In der Kommentarliteratur ist zu diesem Zeitpunkt auch noch kein Wort von einer reinen *Ex tunc*-Wirkung zu lesen. Vielmehr vertraten *Daniels/Bulling* die Auffassung, für die Frage der zeitlichen Wirkung der Rücknahme sei auf die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts zurückzugreifen. Letztlich hänge die Be-

---

<sup>386</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 452.

<sup>387</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 454.

<sup>388</sup> *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 47.

<sup>389</sup> *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 455.

<sup>390</sup> Zu beobachten bei: *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 4; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 260; *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 449 f.

antwortung also davon ab, ob der betroffene Arzt auf den Bestand der Bestellung in der Vergangenheit vertrauen durfte.

*„Normalerweise wird also eine Rücknahme in den Fällen des § 5 nur mit Wirkung vom Zeitpunkt der Rechtskraft der Rücknahmeverfügung möglich sein. Einzige Ausnahme dürften die Fälle sein, in denen die Bestellung durch Vorlage gefälschter Urkunden oder auf sonstige Weise erschlichen wurde.“<sup>391</sup>*

Die Unterteilung in Rücknahme und Widerruf erfolgte erst mit dem Änderungsgesetz von 1969.<sup>392</sup> Hintergrund war ausweislich des Gesetzesentwurfes eine formelle Anpassung an die Bundes-Apothekerordnung vom 6.6.1968.<sup>393</sup> In der Folge standen die Kommentatoren der neuen Vorschrift vor der Frage, wie Rücknahme und Widerruf zu unterscheiden seien, wobei es nahe lag, für die Unterscheidung auf die Ansätze des allgemeinen Verwaltungsrechts zurückzugreifen. Soweit ersichtlich warf *Narr*<sup>394</sup> den Gedanken der pauschalen *Ex tunc*-Wirkung im Jahr 1973 zum ersten Mal auf und verwies zur Begründung auf die Lehrbücher des allgemeinen Verwaltungsrechts von *Forsthoff* und *Wolff*.

Tatsächlich vertrat *Wolff* – wie oben dargelegt – eine Unterscheidung zwischen „Zurücknahme“ mit *Ex tunc*-Wirkung und „Beseitigung“ mit *Ex nunc*-Wirkung unter dem Oberbegriff des „Widerrufs“,<sup>395</sup> wobei aber auch auffällt, dass seine Begrifflichkeiten nicht mit den von *Narr* gewählten übereinstimmen.

*Forsthoff* dagegen hatte in der von *Narr* zitierten Auflage schon die Bezeichnungen der herrschenden Meinung übernommen: „Terminologisch hat sich für die Aufhebung eines fehlerhaften Verwaltungsakts das Wort Rücknahme durchgesetzt, während die Aufhebung eines fehlerfreien Verwaltungsakts als Widerruf bezeichnet wird.“<sup>396</sup> Hinsichtlich der Wirkung von Rücknahme und Widerruf ging *Forsthoff* vom Grundsatz der *Ex nunc*-Wirkung aus. Etwas anderes gelte nur, wenn der Betroffene den Verwaltungsakt erschlichen hat.<sup>397</sup>

Es ist daher aus gleich zwei Gründen unverständlich, warum *Narr* *Forsthoff* für die Differenzierung nach der zeitlichen Wirkung der Aufhebung zitiert: Erstens nimmt *Forsthoff* diese Unterscheidung an der zitierten Stelle, wie gesagt, gar nicht vor. Zweitens hatte er diese Auffassung auch im Vorfeld zu keiner Zeit vertreten. Stattdessen hatte er eine Differenzierung anhand der Frage bevorzugt, ob es sich um einen belastenden (Rücknahme) oder begünstigenden Verwaltungsakt (Widerruf) handelt.<sup>398</sup>

<sup>391</sup> *Daniels/Bulling*, § 5 BÄO Anm. 48 ff.

<sup>392</sup> Gesetz zur Änderung der Bundesärzteordnung vom 28.8.1969, BGBl. I 1509.

<sup>393</sup> Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 5/3838, S. 5.

<sup>394</sup> *Narr/Narr*, 1. Auflage (1973), S. 17.

<sup>395</sup> *Wolff*, VerwR I, 7. Auflage 1968, S. 356. Bezeichnenderweise finden sich an der von *Narr* zitierten Stelle keine Ausführungen zu der Problematik.

<sup>396</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Auflage, S. 251.

<sup>397</sup> *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Auflage, S. 262.

<sup>398</sup> Siehe *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 6. Auflage (1956), S. 230.

Die zitierten Quellen vermögen die Ausführungen *Narrs* daher allenfalls begrenzt zu stützen. *Forsthoff* vertritt sogar das Gegenteil.

Die Auffassung *Narrs* ist auch deswegen unverständlich, weil die verwaltungsrechtliche Literatur sowie die Rechtsprechung schon lange vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf den Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes von 1963 zurückgriff.<sup>399</sup> Auch in den dortigen §§ 37 und 38 war aber schon eine Unterteilung in Rücknahme und Widerruf nach der herrschenden Auffassung vorgesehen, sodass es nahe gelegen hätte, diese Unterscheidung auch bei der Kommentierung der Bundesärzteordnung vorzunehmen und sich damit dem Konsens im allgemeinen Verwaltungsrecht anzuschließen. Der Problembereich der Aufhebung von Verwaltungsakten wurde ferner 1973 von *Schmidt* als schon „seit einem Jahrzehnt als annähernd geklärt“ bezeichnet.<sup>400</sup>

Trotz alledem hielt die Unterscheidung nach der zeitlichen Wirkung und damit auch die Behauptung der pauschalen *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme Einzug in weite Teile der übrigen medizinrechtlichen Literatur und dauert dort bis zum heutigen Tag fort.

#### bb. Zwischenergebnis

Der Gedanke der pauschalen *Ex tunc*-Wirkung ist also letztlich ein Resultat der Unklarheiten, die im allgemeinen Verwaltungsrecht für den Bereich der Aufhebung von Verwaltungsakten vorherrschten. Rückblickend war dies allerdings keineswegs zwingend. Es hätte vielmehr nahe gelegen, bei der Unterscheidung auf die herrschende Auffassung im allgemeinen Verwaltungsrecht Bezug zu nehmen, die sich später auch bei der Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensgesetzes durchsetzte.

Die historische Entwicklung der Entzugsvorschriften für Verwaltungsakte, die letztlich im Verwaltungsverfahrensgesetz mündete, spricht dafür, dass Rücknahme und Widerruf nicht anhand ihrer zeitlichen Wirkung, sondern anhand der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Approbationserteilung zu differenzieren sind.

Die historische Betrachtung hat ferner deutlich gemacht, dass vor Erlass des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Jahr 1977 zwar einigermaßen unklar war, in welchen Fällen die Rücknahme auch eine Rückwirkung entfalten sollte. Bei allen Unterschieden lässt sich aus den dargestellten Auffassungen aber zumindest ein gemeinsamer Kern herauschälen, der für die hier zu beantwortende Frage nicht unbedeutend sein dürfte. Dieser Kern liegt in der Feststellung, dass die Rückwirkung nach allen Ansichten zumindest nicht zwingend in jedem Fall eintreten muss. Der Gedanke der pauschalen *Ex tunc*-Wirkung findet sich dagegen in keiner der dargestellten Ansichten wieder.

<sup>399</sup> Siehe *Mussgnng*, FS Universität Heidelberg, S. 203 (213); vgl. auch *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511; DÖV 1967, S. 246 (254); sowie BVerwG, Urteil vom 14. Februar 1975 – IV C 79.73 –, juris Rn. 19.

<sup>400</sup> *Schmidt*, JuS 1973, S. 529 (535).

Diese Feststellung allein genügt jedoch nicht. Vielmehr ist nun zu klären, welche zeitliche Wirkung der Approbationsrücknahme stattdessen zukommt. Hat sie immer nur *Ex nunc*-Wirkung, oder kommt auch eine Rückwirkung in Betracht?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst ein systematischer Vergleich mit weiteren Rücknahmevorschriften vorzunehmen, bevor die verfassungsrechtliche Seite der Approbationsrücknahme in den Vordergrund rückt.

### *b. Systematischer Vergleich mit anderen Rücknahmevorschriften*

Wie schon angeklungen ist, entwickelten sich die Vorschriften der akademischen Heilberufe nicht unabhängig voneinander, sondern beeinflussten sich gegenseitig.<sup>401</sup> Ähnliches gilt für die Beziehung zwischen dem besonderem Verwaltungsrecht der Heilberufe und dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht.<sup>402</sup> Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung wurden Begrifflichkeiten immer wieder angepasst und auch in systematischer Hinsicht ähneln sich die Vorschriften, was gerade bei der Übernahme des Begriffspaares Rücknahme/Widerruf in den meisten Spezialgesetzen deutlich wird. Daher erscheint es fruchtbringend, auch bezüglich der zeitlichen Wirkung der Rücknahme staatlicher Berufszulassungen einen Blick über den Tellerrand des ärztlichen Berufsrechts zu wagen. Dabei soll der Fokus zunächst auf den Rücknahmevorschriften für die anderen akademischen Heilberufe liegen. Sodann erfolgt eine Betrachtung der Rücknahme von Erlaubnissen außerhalb des heilberuflichen Bereiches, namentlich im Berufsrecht der Rechtsanwälte und Steuerberater. Schließlich erfolgt eine Betrachtung der Rücknahmeregelung im allgemeinen Verwaltungsrecht.

#### aa. § 4 Abs. 1 ZHG<sup>403</sup> – Die Rücknahme der zahnärztlichen Approbation

Die Ausübung der Zahnheilkunde unter der Berufsbezeichnung Zahnarzt bedarf ebenfalls der staatlichen Erlaubnis, § 1 Abs. 1 ZHG. Die Rücknahme der zahnärztlichen Approbation ist in § 4 Abs. 1 ZHG geregelt:

*„Die Approbation ist zurückzunehmen, wenn bei ihrer Erteilung die zahnärztliche Prüfung nicht bestanden oder bei einer vor Wirksamwerden des Beitritts erteilten Approbation das an einer Ausbildungsstätte in dem in Artikel 3 des Einigungsvertrages genannten Gebiet oder das in einem Fall des § 20 Abs. 1 Satz 2 oder in einem Fall des § 20 Abs. 4 Satz 1 erworbene Studium der Zahnheilkunde nicht abgeschlossen war oder die*

<sup>401</sup> Siehe hierzu beispielsweise den Gesetzesentwurf für ein Änderungsgesetz der BÄO der Bundesregierung, BT-Drucks. V/3838 S. 5, wonach Vorschriften der BÄO zur Anpassung an die BApO geändert wurden.

<sup>402</sup> Siehe den Regierungsbegründung zu einem Entwurf eines Änderungsgesetzes zum ZGH in BT-Drucks. 9/1987, S. 1, wonach auch Änderungen im Verwaltungsverfahrensrecht zu Anpassungen des ZHG führten; außerdem BVerfGE 59, 128 (167).

<sup>403</sup> Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1225), das zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3191) geändert worden ist.

*Ausbildung nach § 2 Abs. 1 Satz 2 oder 6 oder § 2 Absatz 2 oder 3 oder die nach § 20a nachzuweisende Ausbildung nicht abgeschlossen war. Sie kann zurückgenommen werden, wenn bei ihrer Erteilung eine der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 Satz 1 Nummer 2 und 3 nicht vorgelegen hat. Eine nach § 2 Abs. 2 oder 3 erteilte Approbation kann zurückgenommen werden, wenn die festgestellte Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes tatsächlich nicht gegeben war oder der alternativ festgestellte gleichwertige Kenntnisstand tatsächlich nicht nachgewiesen worden ist. Eine nach § 2 Absatz 2 oder 3 oder nach § 20a Absatz 5 erteilte Approbation kann zurückgenommen werden, wenn die nachzuweisende Ausbildung tatsächlich doch wesentliche Unterschiede gegenüber der in diesem Gesetz und in der Rechtsverordnung nach § 3 Absatz 1 geregelten Ausbildung aufgewiesen hat oder die zur Ausübung des zahnärztlichen Berufs im Geltungsbereich dieses Gesetzes erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Eignungsprüfung tatsächlich nicht nachgewiesen worden sind.“*

Schon ein flüchtiger Blick auf diese Vorschrift macht deutlich, dass die zeitliche Wirkung der Rücknahme mit keinem Wort erwähnt wird. Insofern entspricht die Regelung derjenigen in § 5 BÄO, wo die *Ex tunc*-Wirkung ebenfalls nicht explizit genannt wird. Trotzdem geht ein Teil der (ausgesprochen spärlichen) Literatur auch für das ZHG von der *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme aus.<sup>404</sup> Anders als im Rahmen der Bundesärzteordnung wird jedoch vertreten, dass der Betroffene bei schutzwürdigem Vertrauen einen Schadensersatzanspruch nach §§ 48 Abs. 3, 49 Abs. 6 VwVfG geltend machen kann.<sup>405</sup>

Allerdings erfolgen diese Aussagen ohne jede Begründung und sind letztlich eine logische Folge der parallelen Gesetzesentwicklung<sup>406</sup> der Berufsordnungen von Ärzten und Zahnärzten. Die Ähnlichkeit der Vorschriften geht mit einer ähnlichen Kommentarliteratur einher. Für die Ausgangsfrage nach der zeitlichen Wirkung der Rücknahme der ärztlichen Approbation halten die Aussagen daher keinen Erkenntnisgewinn bereit. Letztlich liegt für die Rücknahme nach dem Zahnheilkundengesetz die gleiche Situation vor wie bezüglich der Bundesärzteordnung: Der Wortlaut lässt keinen Schluss auf eine generelle *Ex tunc*-Wirkung zu; die Literatur geht dennoch ohne Begründung von ihr aus.

bb. §§ 6 und 7 BApO<sup>407</sup>

Auch die Ausübung des Apothekerberufs bedarf der staatlichen Erlaubnis, § 2 Abs. 1 BApO. Die Rücknahme der Approbation des Apothekers ist in den §§ 6 und 7 BApO geregelt. In § 6 Abs. 1 BApO heißt es:

<sup>404</sup> Spickhoff/*Eichelberger*, § 4 ZHG Rn. 4; sowie Spickhoff/*Pannke*, 1. Auflage, § 4 ZGH Rn. 4; nicht erwähnt wird die Frage bei Haage, ZHG, § 4.

<sup>405</sup> Spickhoff/*Eichelberger*, § 4 ZHG Rn. 3.

<sup>406</sup> Siehe hierzu BT-Drucks 9/1987, S. 1 f.

<sup>407</sup> Bundes-Apothekerordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juli 1989 (BGBl. I S. 1478, 1842), die zuletzt durch Artikel 1g des Gesetzes vom 4. April 2017 (BGBl. I S. 778) geändert worden ist.

*„Die Approbation ist zurückzunehmen, wenn bei ihrer Erteilung*

*a) eine der Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 nicht vorgelegen hat oder*

*b) die pharmazeutische Prüfung nach § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 nicht bestanden oder*

*c) die nachzuweisende pharmazeutische Ausbildung nach § 4 Abs. 1 Satz 2, Abs. 1a, Absatz 2 oder 3 nicht abgeschlossen war.*

*Eine nach § 4 Absatz 1b Satz 2, Absatz 1d Satz 2, Absatz 2 oder 3 erteilte Approbation kann zurückgenommen werden, wenn die nachzuweisende Ausbildung tatsächlich doch wesentliche Unterschiede gegenüber der Ausbildung aufweist, die in diesem Gesetz und in der Rechtsverordnung nach § 5 Absatz 1 geregelt ist oder die zur Ausübung des Berufs als Apotheker im Geltungsbereich dieses Gesetzes erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten in der Eignungsprüfung tatsächlich nicht nachgewiesen worden sind.“*

Daneben tritt die Regelung in § 7 Abs. 3 BApO: *„Eine nach § 4 Abs. 2 oder 3 erteilte Approbation kann auch zurückgenommen werden, wenn eine der nicht auf § 4 Abs. 1 Satz 1 bezogenen Voraussetzungen nicht vorgelegen hat.“*

Auch diese Vorschriften enthalten keine expliziten Vorgaben hinsichtlich der zeitlichen Wirkung. Anders als im Falle des ZHG äußert sich auch die (wiederum spärlich vorhandene) Literatur nicht zu der Frage der zeitlichen Wirkung einer Rücknahme.<sup>408</sup>

cc. §§ 6 und 7 BTÄO

Ebenfalls der Approbation bedarf, wer in Deutschland den tierärztlichen Beruf ausüben will, § 2 Abs. 1 BTÄO. Die Rücknahme der Approbation des Tierarztes ist in den §§ 6 und 7 BTÄO geregelt. In § 6 Abs. 1 BTÄO heißt es:

*„Die Approbation ist zurückzunehmen, wenn bei ihrer Erteilung die Tierärztliche Prüfung nicht bestanden oder die Ausbildung nach § 4 Abs. 1a Satz 1, Abs. 2 oder 3, die Ausbildung im Fall des § 15 Abs. 4 oder die nach § 15a nachzuweisende Ausbildung nicht abgeschlossen war.“*

Die Regelung wird von § 7 Abs. 1 BTÄO ergänzt:

*„Die Approbation kann zurückgenommen werden, wenn bei ihrer Erteilung eine der Voraussetzungen nach § 4 Absatz 1 Nummer 2 oder 3 oder die Voraussetzung für die Bescheinigung nach § 15a nicht vorgelegen hat. Eine nach § 4 Abs. 2 oder 3 erteilte Approbation kann zurückgenommen werden, wenn die Gleichwertigkeit des Ausbildungsstandes nicht gegeben war.“*

Auch in diesen Vorschriften findet sich keine Regelung der zeitlichen Wirkung der Rücknahme. Ebenso hüllt sich die Literatur diesbezüglich in Schweigen.<sup>409</sup>

<sup>408</sup> Nicht erwähnt bei Haage, BApO, §§ 6 und 7.

<sup>409</sup> Keine Erwähnung findet die Frage etwa bei Haage, BTÄO, §§ 6 und 7.



dd. § 3 Abs. 1 PsychThG<sup>410</sup>

Schließlich bedarf auch der Approbation, wer als psychologischer Psychotherapeut die heilkundliche Psychotherapie ausüben möchte, § 1 Abs. 1 PsychThG. Die Rücknahme der Approbation eines psychologischen Psychotherapeuten ist in § 3 Abs. 1 PsychThG geregelt. Dort heißt es:

„Die Approbation ist zurückzunehmen, wenn bei ihrer Erteilung die Voraussetzung des § 2 Abs. 1 Nr. 2 nicht vorgelegen hat, die im Ausland erworbene Ausbildung nach § 2 Abs. 2, 2a oder Abs. 3 Satz 2 oder die nach § 12 nachzuweisende Ausbildung nicht abgeschlossen war oder die Gleichwertigkeit der Ausbildung und Kenntnisse nach § 2 Abs. 2 Satz 3 und 4, Abs. 2a oder Abs. 3 Satz 4 nicht gegeben war. Sie kann zurückgenommen werden, wenn bei ihrer Erteilung eine der Voraussetzungen nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 nicht vorgelegen hat.“

Wie bei allen anderen Regelungen der akademischen Heilberufe enthält auch die Rücknahmenvorschrift des Psychotherapeutengesetzes keine explizite Vorgabe über die zeitliche Wirkung des Approbationsentzuges. Neben Beiträgen, die der herkömmlichen Auffassung einer zwingenden *Ex tunc*-Wirkung entsprechen,<sup>411</sup> hält die Literatur zu dieser Vorschrift aber eine Überraschung bereit.

So wartet *Eichelberger* mit einer differenzierenden Betrachtung auf: Zwar könne der Rücknahme eine *Ex tunc*-Wirkung zugeschrieben werden. Mit Blick auf die damit verbundenen vergütungs- und abrechnungsrechtlichen Konsequenzen sei oft aber nur eine *Ex nunc*-Wirkung ermessensfehlerfrei. Abzustellen sei dabei auf die Frage, ob der Fehler bei der Approbationserteilung von der Behörde stammt, oder ob sich der Betroffene die Approbation durch bewusste Täuschung über die Erteilungsvoraussetzungen erschlichen hat. Nur im letzteren Fall sei eine *Ex tunc*-Wirkung vom Ermessen der Behörde gedeckt.<sup>412</sup> Daneben bringt *Eichelberger* auch für die Rücknahme nach dem PsychThG den Gedanken ins Spiel, dass dem Betroffenen ein Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens nach § 48 Abs. 3, § 49 Abs. 6 VwVfG zustehen kann.<sup>413</sup>

Ähnlich argumentiert *Jerouschke*<sup>414</sup>: Die Rücknahmeregelung entspreche den allgemeinen Grundsätzen bei rechtswidrigen Verwaltungsakten. Möglich sei daher sowohl eine *Ex tunc* als auch *Ex nunc*-Wirkung und auch eine Rückwirkung auf einen Zeitpunkt zwischen Approbationserteilung und dem Rücknahmezeitpunkt. Bei der Frage der zeitlichen Wirksamkeit handele es sich um eine Ermessensentscheidung der Behörde, bei der es auch auf den Zeitpunkt ankomme, in dem der

---

<sup>410</sup> Psychotherapeutengesetz vom 16. Juni 1998 (BGBl. I S. 1311), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3191) geändert worden ist.

<sup>411</sup> *Pulverich*, PsychThG, S. 67; überhaupt keine Ausführungen zu dieser Frage bei *Haage*, PsychThG, § 3.

<sup>412</sup> *Spickhoff/Eichelberger*, § 3 PsychThG Rn. 8; siehe demgegenüber *Spickhoff/Eichelberger*, 1. Auflage, § 3 PsychThG Rn. 4, wo nach der herkömmlichen Auffassung gefolgt wurde.

<sup>413</sup> *Spickhoff/Eichelberger*, § 3 PsychThG Rn. 3.

<sup>414</sup> *Jerouschke*, § 3 PsychThG Rn. 4.

Betroffene von der Rechtswidrigkeit seiner Approbationserteilung erfahren hat. Eine generelle *Ex tunc*-Wirkung wird explizit ausgeschlossen.

ee. § 14 Abs. 1 BRAO

Auch die Bundesrechtsanwaltsordnung enthält eine Regelung zur Rücknahme der Zulassung als Rechtsanwalt. In § 14 Abs. 1 BRAO heißt es:

*„Die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft ist mit Wirkung für die Zukunft [Hervorhebung durch Verfasser] zurückzunehmen, wenn Tatsachen nachträglich bekannt werden, bei deren Kenntnis die Zulassung hätte versagt werden müssen. Von der Rücknahme der Zulassung kann abgesehen werden, wenn die Gründe, aus denen die Zulassung hätte versagt werden müssen, nicht mehr bestehen.“*

Die Regelung dient dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege.<sup>415</sup> Systematisch entspricht sie insoweit der allgemeinen Auffassung, nach der die Rücknahme die Aufhebung eines ursprünglich rechtswidrig erteilten Verwaltungsaktes erfasst.<sup>416</sup> Auch die Bundesrechtsanwaltsordnung stand unter dem Einfluss der Diskussion über die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte im allgemeinen Verwaltungsrecht. Der Gesetzgeber hatte den in der Fassung von 1959<sup>417</sup> verwendeten Begriff der „Zurücknahme“ durch das Änderungsgesetz von 1989<sup>418</sup> an den Sprachgebrauch des Verwaltungsverfahrensgesetzes angepasst,<sup>419</sup> sodass nunmehr zwischen Rücknahme und Widerruf zu unterscheiden war.<sup>420</sup> Wie bei den Rücknahmevorschriften der Heilberufe besteht auch in der Bundesrechtsanwaltsordnung ein systematischer Zusammenhang zu den Versagungsgründen der Rechtsanwaltszulassung bei erstmaliger Antragsstellung, sodass die Vorschrift im Zusammenhang mit § 7 BRAO zu lesen ist. Die Rücknahme setzt kein Verschulden des Betroffenen voraus, es reicht aus, wenn der Versagungsgrund objektiv vorlag.<sup>421</sup> Ferner liegt keine gebundene Entscheidung vor, vielmehr liegt es im Ermessen der Behörde, von der Rücknahme abzusehen, § 14 Abs. 1 S. 2 BRAO.

Anders als in den bisher betrachteten Normen ist die zeitliche Wirkung der Rücknahme seit der Fassung von 1989 explizit geregelt. Die Rücknahme erfolgt in jedem Fall nur mit Wirkung für die Zukunft.<sup>422</sup> Diese Besonderheit wird in der

<sup>415</sup> Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 14 Rn. 3; Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, § 14 Rn. 3.

<sup>416</sup> Jessnitzner/Blumberg, BRAO, § 14 Rn. 1; Vogel, Versagung, Rücknahme und Widerruf der Anwaltszulassung, S. 61.

<sup>417</sup> BGBl. I S. 565.

<sup>418</sup> BGBl. I S. 2135.

<sup>419</sup> Siehe Regierungsbegründung zum Änderungsgesetz von 1989, BT-Drucks. 11/3253 S. 20.

<sup>420</sup> Siehe auch Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, § 14 Rn. 1.

<sup>421</sup> Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 14 Rn. 5; Jessnitzner/Blumberg, BRAO, § 14 Rn. 2; Kleine-Cosack, BRAO, § 14 Rn. 3; Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, § 14 Rn. 5; Vogel, Versagung, Rücknahme und Widerruf der Anwaltszulassung, S. 62.

<sup>422</sup> Siehe auch AGH Sachsen, BRAK-Mitt. 1997, 260.

Gesetzesbegründung<sup>423</sup> zu dem Änderungsgesetz nicht erwähnt. In der Literatur führt man sie ohne nähere Begründung auf den Grundsatz der Rechtssicherheit zurück.<sup>424</sup>

Hintergrund könnten die weitreichenden Folgen einer Rückwirkungsfiktion im Anwaltsrecht sein. Denn wenn der Anwalt zu behandeln ist, als wäre er niemals Anwalt gewesen, drohen weitreichende Auswirkungen. So wären gerichtliche Entscheidungen, an denen der betroffene Anwalt mitgewirkt hat, möglicherweise angreifbar.<sup>425</sup>

ff. § 46 Abs. 1 StBerG

Die Rücknahme der Bestellung als Steuerberater ist in § 46 Abs. 1 StBerG geregelt: „Die Bestellung ist zurückzunehmen, wenn der Steuerberater oder Steuerbevollmächtigte die Bestellung durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung oder durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren.“

Im Vergleich zu den übrigen untersuchten Rücknahmevorschriften fällt zunächst der sehr enge Anwendungsbereich auf. Eine Rücknahme kann nur im Falle eines unlauteren Betroffenen erfolgen. Die Frage der zeitlichen Wirkung wird dagegen von der Vorschrift selbst nicht aufgegriffen. Stattdessen verweist § 164a Abs. 1 StBerG insoweit auf § 130 Abs. 1 AO. Danach kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, „[...] ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden.“ Die Entscheidung über die zeitliche Wirkung liegt also grundsätzlich im Ermessen der Rücknahmebehörde.<sup>426</sup>

*Koslowski*<sup>427</sup> unterscheidet Rücknahme und Widerruf der Bestellung als Steuerberater nach der zeitlichen Wirkung. Die Rücknahme bezeichne die rückwirkende Aufhebung, der Widerruf die Aufhebung für die Zukunft. Somit kommt der Rücknahme nach seiner Auffassung immer *Ex tunc*-Wirkung zu, obwohl die zeitliche Wirkung der Rücknahme nach § 130 Abs. 1 AO im Ermessen der Behörde liegt. Dem ist auch beizupflichten, weil die Rücknahme nach § 46 Abs. 1 StBerG ohnehin nur erfolgen kann, wenn der Adressat bösgläubig war. Schutzwürdiges Vertrauen kann dann aber nicht vorliegen, sodass eine Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft ermessensfehlerhaft wäre.

---

<sup>423</sup> Siehe Regierungsbegründung zum Änderungsgesetz von 1989, BT-Drucks. 11/3253 S. 20 f.; sowie die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 11/5264 S. 6.

<sup>424</sup> Feuerich/Weyland/Vossebürger, BRAO, § 14 Rn. 5; Henssler/Prütting/Henssler, BRAO, § 14 Rn. 5.

<sup>425</sup> Eine Untersuchung der genauen Folgen einer *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme im Anwaltsrecht würde den Rahmen dieser Arbeit überschreiten.

<sup>426</sup> Kuhls/Willerscheid, Steuerberatungsgesetz, § 46 Rn. 10.

<sup>427</sup> *Koslowski*, Steuerberatungsgesetz, § 46 Rn. 1.

gg. § 48 VwVfG

Schließlich erscheint ein Vergleich mit der Regelung der Rücknahme im allgemeinen Verwaltungsrecht nach § 48 VwVfG angezeigt. Nach § 48 Abs. 1 kann

*„ein rechtswidriger Verwaltungsakt [kann], auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit [Hervorhebung durch Verfasser] zurückgenommen werden. Ein Verwaltungsakt, der ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt hat (begünstigender Verwaltungsakt), darf nur unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 zurückgenommen werden.“*

Abs. 2 regelt dann die Rücknahme von Leistungsbescheiden unter besonderer Berücksichtigung von Vertrauensschutzaspekten:

*„Ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der eine einmalige oder laufende Geldleistung oder teilbare Sachleistung gewährt oder hierfür Voraussetzung ist, darf nicht zurückgenommen werden, soweit der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Auf Vertrauen kann sich der Begünstigte nicht berufen, wenn er*

- 1.den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt hat;*
- 2.den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren;*
- 3.die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.*

*In den Fällen des Satzes 3 wird der Verwaltungsakt in der Regel mit Wirkung für die Vergangenheit [Hervorhebung durch Verfasser] zurückgenommen.“*

Schließlich sieht Abs. 3 eine Regelung für alle übrigen begünstigenden Verwaltungsakte vor, wobei ebenfalls der Aspekt des Vertrauensschutzes eine Rolle spielt:

*„Wird ein rechtswidriger Verwaltungsakt, der nicht unter Absatz 2 fällt, zurückgenommen, so hat die Behörde dem Betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Absatz 2 Satz 3 ist anzuwenden [Hervorhebung durch Verfasser]. Der Vermögensnachteil ist jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand des Verwaltungsaktes hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird durch die Behörde festgesetzt. Der Anspruch kann nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Behörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat.“*

Offenkundig kann die Behörde bei einer Rücknahme nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht im Rahmen ihres Auswahlermessens weitestgehend wählen, welche zeitliche Wirkung sie der Rücknahmeentscheidung beimisst, § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG. Etwas anderes gilt nur, wenn der Betroffene nicht schutzwürdig auf den Bestand eines Leistungsbescheides vertrauen durfte. In diesen Fällen soll der Verwaltungsakt in der Regel mit *Ex tunc*-Wirkung zurückgenommen werden, § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG. Hierin liegt ein Fall intendierten Ermessens.<sup>428</sup> Über die Flexibilität mit Blick auf die zeitliche Wirkung herrscht auch in der Literatur Einigkeit,<sup>429</sup> wobei im Umkehrschluss zu § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG davon ausgegangen wird, dass in der Regel eine Rücknahme mit *Ex nunc*-Wirkung zu erfolgen hat.<sup>430</sup>

Die Flexibilität geht sogar so weit, dass die Behörde im Falle einer Rücknahme *ex tunc* die Rückwirkung nicht zwangsläufig auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes, sondern auch auf einen späteren Zeitpunkt zwischen Erlass und Rücknahmeentscheidung zurückdatieren kann.<sup>431</sup> Ebenso kann sie bei einer Wirkung *ex nunc* auch einen Zeitpunkt nach der Behördenentscheidung über die Rücknahme bestimmen, ab dem die Wirkung eintreten soll.<sup>432</sup>

Die Ermessensentscheidung hängt dabei zunächst von der Frage ab, ob der betreffende Verwaltungsakt begünstigender oder belastender Natur ist. Während es im Falle eines belastenden Verwaltungsaktes sogar im Interesse des Betroffenen sein kann, dass die Rücknahme für die Vergangenheit erfolgt,<sup>433</sup> ist bei begünstigenden Verwaltungsakten der Gedanke des Vertrauensschutzes zu beachten. Dies wird an den Regelungen in § 48 Abs. 2 VwVfG deutlich. Auf den ersten Blick scheint es im Falle schutzwürdigen Vertrauens zwar um das Entschließungsermessen und nicht um das Auswahlermessen zu gehen. Bei näherer Betrachtung fällt aber auf, dass der Gesetzgeber mit der Formulierung „soweit“ deutlich gemacht hat, dass der Vertrauensschutzgedanke auch im Rahmen der zeitlichen Wirkung der Rücknahme von Bedeutung ist.<sup>434</sup>

Besteht im Falle des Abs. 2 schutzwürdiges Vertrauen und kommt die Behörde im Rahmen ihres Entschließungsermessens zu dem Ergebnis, dass trotzdem eine Rücknahme erfolgen soll, so wirkt diese in der Regel nur für die Zukunft. Eine Rückwirkung kommt nur in Ausnahmefällen in Betracht.<sup>435</sup>

---

<sup>428</sup> Huck/Müller/Müller, § 48 VwVfG Rn. 13.

<sup>429</sup> Beispielhaft seien hier genannt: BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 44; Huck/Müller/Müller, § 48 VwVfG Rn. 13.

<sup>430</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 70; BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 82; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 165.

<sup>431</sup> VGH München ZBR 1991, 380 (381) mwN; ebenso Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 104.

<sup>432</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 104 und 147.

<sup>433</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 22.

<sup>434</sup> Knoke, Rechtsfragen Rücknahme, S. 164; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 106 und 147; vgl. auch BVerfGE 59, 128, (170).

<sup>435</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 70; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 106; Ule/Laubinger, Verwaltungsverfahren-

Daneben spielt der Vertrauensschutzgedanke in Abs. 3 für die Frage der zeitlichen Wirkung keine Rolle mehr.<sup>436</sup> Denn die Entscheidung, ob der Verwaltungsakt zurückgenommen wird und mit welcher zeitlichen Wirkung die Rücknahme erfolgt, wird schon bei der Anwendung des § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG getroffen. Abs. 3 greift gewissermaßen einen Schritt später ein, wenn feststeht, dass der Verwaltungsakt zurückgenommen wird und regelt, inwieweit das schutzwürdige Vertrauen zu einem Ausgleich etwaiger Vermögensnachteile führen muss. Der Vertrauensschutzgedanke manifestiert sich in dieser Regelung nicht in einem Bestandsschutz für den ursprünglichen Verwaltungsakt, sondern nur in einer Entschädigung für den Betroffenen. Man spricht auch von Vertrauensschutz durch Vermögensschutz.<sup>437</sup> Zuvor ist aber schon bei der Ermessensentscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu berücksichtigen, ob Vermögensschutz im Falle schutzwürdigen Vertrauens überhaupt ausreicht.<sup>438</sup> Kann der Vertrauensschutz allein durch den Fortbestand des Verwaltungsaktes erreicht werden, liegt eine Ermessensreduktion auf null vor. Der Verwaltungsakt darf dann nicht zurückgenommen werden.<sup>439</sup>

Beruhet die Rechtswidrigkeit auf einem Fehler der Behörde, ist der Verwaltungsakt grundsätzlich mit *Ex nunc*-Wirkung zurückzunehmen.<sup>440</sup>

Die zeitliche Wirkung muss in der Rücknahmeverfügung bestimmt werden, wobei sie sich auch aus der Begründung ergeben kann, ohne ausdrücklich genannt zu werden.<sup>441</sup>

---

recht, § 62 Rn. 18; *Knoke*, Rechtsfragen Rücknahme, S. 165; siehe auch BVerwG NVwZ 1983, 157 (158); *Becker*, DÖV 1973, S. 379 (385); *Erning*, Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, S. 61.

<sup>436</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, § 48 VwVfG Rn. 108.

<sup>437</sup> *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, § 62 Rn. 27.

<sup>438</sup> BVerwG, NVwZ-RR 2001, 198 (199); BVerwG, BeckRS 2012, 55844 Rn. 26 ff.; OVG Münster BeckRS 2013, 55075; OVG Bautzen, BeckRS 2014, 55715 Rn. 18; ebenso Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 31; Huck/Müller/Müller, VwVfG, § 48 Rn. 39; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn. 137; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 194; *Lange*, WiVerw 1979, S. 15 (18); *Lange*, JURA 1980, S. 456 (458); *Ehlers/Kallerhoff*, JURA 2009, S. 823, (832) *Kopp*, GewArch 1986, S. 177 (183); *Maurer*, FS Boorberg Verlag, S. 223 (242 f.); *Geurts*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S. 65 f.; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 325; *Martini*, JA 2012, S. 830 (832); *Rottenwallner*, DVP 2015, S. 135 (145); inzident wohl auch BVerfGE 59, 128, 166 ff., vgl. dazu *Pieroth*, JZ 1984, S. 978; a.A. *Frotscher*, DVBl. 1976, S. 281 (285); *Ericksen*, VerwArch 1978, S. 303 (307 f.); *Knoke*, Rechtsfragen Rücknahme, S. 237; *Bullinger*, JZ 1999, S. 905 (906); für eine Klärung nach § 11 Abs. 4 VwGO: *Struzina/Lindner*, NVwZ 2016, 1295 (1298).

<sup>439</sup> *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, § 62 Rn. 27 mwN.

<sup>440</sup> BVerwGE 40, 212 (217); auch OVG Bautzen, DÖV 2011, 863 Nr. 920 Leitsatz 4; ebenso Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 107; vgl. auch *Hauelsen*, NJW 1958, S. 884 (885) als Anmerkungen zu BVerwG, Urteil vom 25.10.1957 – III C 370/56; *Rösener*, BerufsGen 1959, S. 507 (515); *Weber*, BKK 1960, S. 234 (242); *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 122 hielt eine *Ex tunc*-Wirkung sogar in jedem Fall für ausgeschlossen, wenn die Rechtswidrigkeit auf einem Verschulden der Behörde beruht.

<sup>441</sup> BVerwG, NVwZ 2010, 1369 (1370) Rn. 17; OVG Bautzen, LKV 2002, 417.

Die Ermessensentscheidung ist in § 48 VwVfG mithin zweistufig aufgebaut. Zunächst hat die Behörde über die Rücknahme als solche zu entscheiden. Will sie nach eingehender Prüfung eine Rücknahme vornehmen, hat sie in einem zweiten Schritt über die zeitliche Wirkung der Rücknahme zu entscheiden. Auf beiden Stufen kommt dem Vertrauensschutzgedanken erhebliche Bedeutung zu.

#### hh. Schlussfolgerung

Der Blick in die Regelungen der übrigen akademischen Heilberufe hat zunächst wenig Aufschluss über die Frage gebracht, welche zeitliche Wirkung der Rücknahme zukommt. In keiner Vorschrift ist diese Frage explizit geregelt. Und auch der Blick in die jeweilige Literatur ist zunächst größtenteils ernüchternd. So wird die Problematik in den Kommentierungen zum Zahnheilkundegesetz zwar teilweise angesprochen, jedoch ähnelt die Situation derjenigen im Bereich des ärztlichen Berufsrechts. Es erfolgt die Behauptung einer generellen *Ex tunc*-Wirkung, ohne dass diese mit Argumenten untermauert wird. Diese Feststellung kann mit Blick auf die Parallelität der Vorschriften allerdings auch nicht verwundern. Die Kommentatoren der Bundestierärzteordnung sowie der Bundesapothekerordnung erwähnen die Problematik nicht einmal.

Allein das Schrifttum zum Psychotherapeutengesetz nimmt sich der Frage in Kürze an und liefert dabei interessante Ansätze: So erscheint es auf den ersten Blick sinnvoll, die zeitliche Wirkung in das Ermessen der Behörde zu stellen und davon abhängig zu machen, ob die Rechtswidrigkeit auf einem Fehler der Behörde oder dem Betroffenen beruht.

Aufschlussreich ist ferner die Vorschrift der Rücknahme der Zulassung als Rechtsanwalt nach § 14 Abs. 1 BRAO. Hier hat sich der Gesetzgeber – wohl aus Gründen der Rechtssicherheit – dazu entschieden, nur eine Rücknahme mit *Ex nunc*-Wirkung zu ermöglichen. Eine Rückwirkung ist danach völlig ausgeschlossen.

Demgegenüber wird die zeitliche Wirkung der Rücknahme in § 46 Abs. 1 StBerG nicht erwähnt. Stattdessen verweist § 164a Abs. 1 StBerG insoweit auf § 130 Abs. 1 AO, sodass die Frage der zeitlichen Wirkung grundsätzlich im Ermessen der Rücknahmebehörde liegt.

Allerdings wird in der diesbezüglichen Kommentarliteratur vertreten, dass die Rücknahme der Bestellung zum Steuerberater immer mit *Ex tunc*-Wirkung erfolge. Auf den ersten Blick spricht dies zwar dafür, dass selbiges auch für die Approbationsrücknahme gelten könnte.

Allerdings erübrigt sich bei § 46 StBerG jegliche Diskussionen um einen *Ex nunc*-Wirkung aus Vertrauensschutzgesichtspunkten. Denn die Rücknahme der Zulassung als Steuerberater erfolgt nur in Fällen arglistiger Täuschung bzw. anderweitiger Bösgläubigkeit des Betroffenen, sodass Fälle schutzwürdigen Vertrauens von vornherein ausscheiden.<sup>442</sup> Daher muss die Rücknahme der Zulassung als Steuerberater immer mit *Ex tunc*-Wirkung erfolgen. Ein Erkenntnisgewinn für den

<sup>442</sup> Siehe hierzu sogleich unter § 2 II. 2. e. aa. (3) (a) (cc).

Fall der Approbationsrücknahme ergibt sich daraus aber nicht, weil der betroffene Behandelnde durchaus schutzwürdig auf den Fortbestand der Approbation vertrauen kann. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die Approbationsbehörde über die erforderliche Gleichwertigkeit der drittstaatlichen Ausbildung irrt.

Ergiebig ist schließlich ein Blick in die allgemeine Regelung der Rücknahme im Verwaltungsverfahrensgesetz. Dort steht der Rücknahmebehörde schon nach dem Gesetzeswortlaut ein Ermessen darüber zu, ob die Rücknahme für die Zukunft oder die Vergangenheit eintritt. Ein wichtiger Faktor ist hierbei (in Fortsetzung der Rechtsprechung des OVG Berlin von 1956<sup>443</sup>), ob der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertrauen durfte.

Der Gedanke der pauschalen *Ex tunc*-Wirkung wird lediglich von den Kommentatoren der Bundesärzteordnung sowie der Parallelvorschrift des Zahnheilkundengesetzes vertreten, wobei der jeweilige Gesetzestext hierzu keinen Anlass bietet. Die Betrachtung der weiteren Rücknahmeregelungen hat ergeben, dass weder der Gesetzeswortlaut noch die jeweilige Literatur (mit Ausnahme der Kommentierungen zu § 46 StBerG) eine generelle *Ex tunc*-Wirkung vorsehen. Insbesondere die flexible Lösung dieser Frage im Rahmen des § 48 VwVfG zeigt einen Widerspruch zwischen der Auffassung in der Literatur des ärztlichen Berufsrechts und der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Dogmatik auf. Da sich die gesetzgeberische Entwicklung der Sonderregelungen im ärztlichen Berufsrecht schon seit je her an den allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundlagen orientiert hat,<sup>444</sup> erscheint eine Orientierung an dem flexibleren Rücknahmesystem des § 48 VwVfG angezeigt. Demnach musste auch die zeitliche Wirkung der Approbationsrücknahme aus systematischer Sicht im Ermessen der Approbationsbehörde liegen.

Mit Blick auf diese Ergebnisse der systematischen Auseinandersetzung mit weiteren Rücknahmevorschriften verdichten sich ferner die Anzeichen dafür, dass eine adäquate Lösung der Frage nach der zeitlichen Wirkung der Approbationsrücknahme nur unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens möglich ist.

---

<sup>443</sup> OVG Berlin, DVBl. 1957, 503 (504 f.).

<sup>444</sup> Siehe die Ausführungen unter § 2 II. 2. a.



*c. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Ex tunc-Wirkung*aa. Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG<sup>445</sup>

Wie bereits angedeutet wurde,<sup>446</sup> handelt es sich auch bei der Rücknahme der Approbation, ebenso wie bei der gesetzgeberischen Grundentscheidung, den ärztlichen Beruf unter einen Erlaubnisvorbehalt zu stellen, um einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG. Zwar hat der Betroffene den Arztberuf zunächst ergriffen und ist damit in den Genuss seiner verfassungsrechtlich garantierten Freiheit gekommen. Jedoch wird diese Freiheit nunmehr dadurch eingeschränkt, dass er den Arztberuf nicht so lange ausüben kann, wie er möchte.<sup>447</sup> An der Verfassungsmäßigkeit der Rücknahmevorschrift des § 5 BÄO an sich bestehen keine Zweifel. Fraglich ist aber, ob auch die von der herrschenden Auffassung vertretene, generelle *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

## (1) Legitimer Zweck

Der legitime Zweck des Eingriffs entspricht demjenigen des Approbationserfordernisses selbst, nämlich der Schutz des Gemeinschaftsgutes der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung.<sup>448</sup> Das wird schon an der systematischen Verzahnung der Rücknahmegründe mit den Approbationsvoraussetzungen deutlich. § 5 BÄO regelt die Rücknahmegründe nämlich nicht vollständig, sondern verweist jeweils auf die Approbationsvoraussetzungen des § 3 BÄO. Ein Rücknahmegrund ist erfüllt, wenn eine Approbationsvoraussetzung nicht erfüllt war. Die §§ 3 und 5 BÄO greifen sozusagen ineinander. Wenn die Voraussetzungen zur Approbationserteilung letztlich dem Schutz des Gemeinschaftsgutes der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung dienen, so muss gleiches für die Rücknahmegründe gelten, die allesamt Fälle betreffen, in denen eben diese Approbationsvoraussetzungen fälschlicherweise angenommen wurden. Die Rücknahme dient also ebenfalls dem Schutz des Gemeinschaftsgutes der Gesundheitsversorgung.

Folgt man dem Bundesverfassungsgericht, ist bei Eingriffen in die Berufsfreiheit auf die Dreistufenlehre zu rekurren.<sup>449</sup> Bei der Rücknahme wie auch bei der

---

<sup>445</sup> Zunächst hat der Gedanke einer gewissen Berechtigung, dass der Fortbestand für die Zukunft sowie der Bestand der Approbation in der Vergangenheit in den Schutzbereich des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG fällt. Tatsächlich werden öffentlich-rechtliche Genehmigungen aber nicht von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt, siehe BVerfGE 143, 246 (328 f.) Rn. 231 f. – Atomausstieg; VGH Kassel, NVwZ 1986, 58; *Paulus/Nölscher*, in: Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 133 (142 f., S. 163 f.); *Püttner*, VVDStRL 1974, S. 200 (204).

<sup>446</sup> Siehe schon unter § 2 II. 1. a.

<sup>447</sup> BVerfGE 44, 105 (117); VG Köln, GesR 2014, 368 (370); ebenso *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 7; Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 15.

<sup>448</sup> Siehe unter Kapitel 1 § 1 II.

<sup>449</sup> BVerfGE 7, 377 (378 f.).

ursprünglichen Einschränkung des Zugangs zum Arztberuf handelt es sich um eine subjektive Berufswahlregelung und mithin um einen Eingriff auf zweiter Stufe.<sup>450</sup> Dieser ist verfassungsrechtlich nur zu rechtfertigen, wenn er zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes erfolgt.<sup>451</sup> Als solches ist der Schutz des Gemeinschaftsgutes der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung bereits anerkannt worden.<sup>452</sup> Die Dreistufentheorie entbindet jedoch nicht von einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall, sondern vermag nur eine grobe Richtung vorzugeben.<sup>453</sup> Die Rücknahme der Approbation mit *Ex tunc*-Wirkung muss daher auch geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das legitime Ziel des Schutzes des Gemeinschaftsgutes der Gesundheitsversorgung zu erreichen.<sup>454</sup>

## (2) Geeignetheit

Zunächst ist die Rücknahme dazu geeignet, den legitimen Zweck zu fördern, weil es dem Schutz des Gemeinschaftsguts der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung zumindest zuträglich ist, wenn Behandelnde, die einen Rücknahmegrund erfüllen und damit entweder fachlich oder persönlich nicht für den Arztberuf geeignet sind, nicht weiter an der ärztlichen Versorgung der Bevölkerung teilnehmen dürfen. Das gilt sowohl für die Rücknahme mit *Ex tunc*-Wirkung als auch für die Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft, weil der Betroffene in beiden Fällen keine Patienten mehr behandeln wird.

## (3) Erforderlichkeit

Sodann ist die Frage zu stellen, ob ein mildereres, gleich geeignetes Mittel den Schutzzweck ebenso verwirklichen würde. Als ein solches mildereres Mittel kommt die Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft in Betracht. Der Betroffene dürfte den Arztberuf in Zukunft nicht mehr ausüben, sodass dem Schutz künftiger Patienten genüge getan ist. Anders als bei einer Rückwirkung würde dem Betroffenen seine mit der Approbation erlangte Rechtsposition für die Vergangenheit erhalten bleiben. Damit drohen ihm auch keine Rückforderungs- oder Schadensersatzansprüche von Seiten seiner Vertragspartner.<sup>455</sup>

Fraglich ist aber, ob die *Ex nunc*-Rücknahme tatsächlich ein gleich geeignetes Mittel darstellt, um den legitimen Zweck zu erfüllen. Neben dem einzelnen, zukünftigen Patienten soll die Rücknahme auch das Gesundheitssystem insgesamt schützen, in dem das Vertrauen der Patienten in die Lauterkeit der Ärzteschaft

---

<sup>450</sup> Siehe unter Kapitel 1 § 1 II.

<sup>451</sup> BVerfGE 7, 377 (378); ebenso *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 8.

<sup>452</sup> Siehe unter § 1 II.

<sup>453</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 285 f.

<sup>454</sup> Spickhoff/*Schelling*, § 5 BÄO Rn. 15.

<sup>455</sup> Den zivilrechtlichen Folgeansprüchen der *Ex tunc*-Rücknahme ist das 2. Kapitel dieser Arbeit gewidmet.

erhalten wird. Dazu ist es notwendig, die Ärzteschaft möglichst von ungeeigneten Behandelnden freizuhalten, um der Bevölkerung keinen Anlass zu bieten, an ihrer Integrität zu zweifeln. Man kommt nicht umhin, der Rückwirkung in diesem Zusammenhang auch einen gewissen präventiven Effekt zuzusprechen.<sup>456</sup> Die schwerwiegende Folge, dem Betroffenen rückwirkend seine Arzteigenschaft zu entziehen und ihn damit zu behandeln, als sei er niemals Arzt gewesen, ist zur Verhaltenssteuerung künftiger Antragssteller auf Approbationserteilung geeignet. Diese werden ob der Folgen eher gehalten sein, keine falschen Angaben bei der Behörde vorzubringen oder gar Nachweise zu fälschen.

Allerdings ist diesbezüglich eine Differenzierung vorzunehmen: Denn der Präventionseffekt kann nur solange eintreten, wie der Betroffene sich der möglichen Rücknahmegründe überhaupt bewusst ist. Antragssteller, die die Approbationsvoraussetzungen nicht erfüllen, hiervon aber keine Kenntnis haben, werden sich von der angedrohten Rücknahme *ex tunc* auch nicht steuern lassen und von einer Antragstellung absehen. Der Rücknahme *ex tunc* kommt nur dann eine abschreckende Wirkung zu, wenn sie gegenüber einem bösgläubigen Antragssteller erfolgt, im Falle eines gutgläubigen Antragsstellers wäre sie dagegen weniger effektiv.<sup>457</sup> Zwar wird sich der Betroffene bei Kenntnis der möglichen Rückwirkung möglicherweise auch Gedanken über die Rechtmäßigkeit seiner Approbation machen. Dies hätte aber keinen abschreckenden Effekt, weil er ja davon ausgeht, den Anforderungen zu entsprechen.

Die Rücknahme für die Zukunft ist also allenfalls dann ein milderer, aber gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Schutzzwecks, wenn der Betroffene hinsichtlich der Approbationsvoraussetzungen gutgläubig war. In diesem Fall bedarf es der abschreckenden *Ex tunc*-Wirkung nicht, sodass eine Rückwirkung nicht erforderlich ist.

#### (4) Angemessenheit der *Ex tunc*-Wirkung bei Bösgläubigkeit

Schließlich müsste die *Ex tunc*-Wirkung im Falle eines bösgläubigen Behandelnden auch angemessen sein. Dazu sind die widerstreitenden, verfassungsrechtlich geschützten Interessen gegeneinander abzuwiegen und im Sinne einer praktischen Konkordanz der Lösung zuzuführen, die beiden Positionen größtmögliche Geltung zuspricht.<sup>458</sup> Es muss eine Abwägung der Berufsfreiheit des Betroffenen mit dem Gemeinschaftsgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung erfolgen.

---

<sup>456</sup> Vgl. BVerwG, NVwZ 2012, 1188 Rn. 25; a.A. wohl VGH Mannheim, BeckRS 2017, 117713 Rn. 40.

<sup>457</sup> Vgl. hierzu die Begründung für eine subjektive Voraussetzung in § 817 S. 2 BGB in MüKo BGB/Schwab, § 817 Rn 83.

<sup>458</sup> BVerfGE 7, 377 (405); siehe auch Kalenborn, JA 2016, S. 6 (10); grundlegend Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn. 72 und 318.

### (a) Abstrakte Abwägung

Zunächst ist eine abstrakte Abwägung der jeweiligen Rechtsgüter vorzunehmen.<sup>459</sup> Dabei ist der Stellenwert zu berücksichtigen, den die Verfassung den widerstrebenden Grundrechten einräumt. Das Recht des einzelnen und der Allgemeinheit auf körperliche Unversehrtheit und Gesundheit ist in Art. 2 Abs. 2 GG verfassungsmäßig garantiert, die Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG. Für eine abstrakte Abwägung dieser Grundrechte ist auf die Möglichkeit ihrer Einschränkung zu rekurrieren.<sup>460</sup> Da die Einschränkung beider Grundrechte einem einfachen Gesetzesvorbehalt unterliegt, sind sie gleich zu gewichten. Beide können aufgrund eines formellen Gesetzes eingeschränkt werden.

Aus der abstrakten Abwägung der Rechtsgüter ergibt sich mithin kein eindeutiges Ergebnis.

### (b) Konkrete Abwägung

Außerdem muss eine konkrete Abwägung erfolgen, wobei insbesondere auf die Schwere des Eingriffs in das jeweilige Grundrecht abgestellt werden kann.<sup>461</sup> Das mit der Rücknahme zu erreichende, legitime Ziel des Schutzes der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung wird durch die Tätigkeit eines ungeeigneten Arztes in hohem Maße gefährdet. Allerdings ist zu beachten, dass an dieser Stelle nicht die Angemessenheit des Entzuges der Approbation als solche in Frage steht. Die Verfassungsmäßigkeit des § 5 BÄO steht außer Frage. Vielmehr muss beantwortet werden, ob es zum Schutz der Gesundheitsversorgung mit Blick auf die Berufsfreiheit auch verhältnismäßig ist, die Approbation rückwirkend zu entziehen.

Dagegen spricht, dass der Behandelnde nicht nur seine Erwerbsgrundlage für die Zukunft verliert, sondern ihm auch bereits erworbenes Vermögen wieder entzogen werden kann, auf dem er sein bisheriges Leben aufgebaut hat.<sup>462</sup> Der mit der Rückwirkung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit des Betroffenen könnte nicht gewichtiger sein. Dem Betroffenen wird die Berufsausübung nicht nur in Zukunft untersagt, sondern sein gesamtes Berufsleben wird rückwirkend als nicht existent fingiert. Auch ist die konkrete Gefahr, die durch die Behandlung von Patienten entsteht, schon durch die Rücknahme für die Zukunft gebannt, weil der Betroffene schon dann nicht mehr ärztlich tätig werden darf. Die mit einem Fortbestand der Arzteigenschaft für die Vergangenheit verbundene Belastung für die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des einzelnen Patienten halten sich damit in Grenzen.

Andererseits ist das Verhalten des Behandelnden für die Ärzteschaft mit einem großen Ansehensverlust verbunden. Fälle zu Unrecht approbierter Mediziner

---

<sup>459</sup> Gegen die Möglichkeit einer abstrakten Abwägung: *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 194.

<sup>460</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 624; *Wienbracke*, ZJS 2013, S. 148 S. (153).

<sup>461</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 625.

<sup>462</sup> Zu den Rückforderungsansprüchen siehe das 2. Kapitel dieser Arbeit.

haben häufig eine große mediale Reichweite.<sup>463</sup> Damit ist die Folge verbunden, dass das Ansehen der Ärzteschaft in der Bevölkerung verstärkt in Mitleidenschaft gezogen wird. Mit der Rückwirkung wird demgegenüber ein starkes Signal an die Bevölkerung gesendet. Erschleicht sich jemand bösgläubig die Approbation, so wird er gestellt, als wäre er niemals Arzt gewesen. Damit wird deutlich, dass ein solches Verhalten innerhalb der Ärzteschaft mit allen zur Verfügung stehenden staatlichen Mitteln bekämpft wird.

Darüber hinaus erlangen die schutzwürdigen Vertragspartner des Behandelnden den Vorteil, dass sie nicht mehr vertraglich an ihn gebunden sind und getätigte Leistungen zurückverlangen können. Sie werden wirtschaftlich so gestellt, als wären sie niemals eine vertragliche Beziehung zu dem „falschen Arzt“ eingegangen. Das ist vor dem Hintergrund als billig zu erachten, dass der Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage niemals zustande gekommen wäre.

Die damit verbundene Belastung für den Behandelnden ist auch nicht mit einem Naturereignis vergleichbar, das ihn völlig unvermittelt trifft. Vielmehr hat sich der bösgläubige Behandelnde im Vorfeld bewusst ein Verhalten mit hohem Unrechtsgehalt zuschulden kommen lassen. Die Behandlung von Patienten, ohne die erforderlichen fachlichen Voraussetzungen zu erfüllen, stellt regelmäßig eine kaum zu überblickende Gefahr dar. Wer sich aber wissentlich in solchem Maße über die Leben, Gesundheit und auch Entscheidungsfreiheit der Patienten hinwegsetzt, verdient keinen Schutz für die darauf aufbauenden Vermögenswerte. Das gilt erst recht vor dem Hintergrund, dass der Arztberuf ein hohes Maß an Verantwortungsbewusstsein voraussetzt.

Eine bloße *Ex nunc*-Wirkung hätte letztlich zur Folge, dass der Behandelnde sich aus zivilrechtlicher Sicht völlig risikolos die Approbation erschleichen könnte. Im schlimmsten Fall verliert er eben seine Erlaubnis zur ärztlichen Tätigkeit. Mit der Rückwirkung ist dagegen die härtere Rechtsfolge möglicher Rückforderungsansprüche verbundene, die eher geeignet ist, einen bösgläubigen Bewerber vom Erschleichen der Approbation abzuhalten.

Die konkrete Abwägung zwischen der Alternative der Rücknahme mit *Ex tunc*-Wirkung und der Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft hat ein Überwiegen des Schutzgutes der Gesundheitsversorgung ergeben. Die *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme der ärztlichen Approbation im Falle des bösgläubigen Behandelnden ist mithin auch angemessen.

##### (5) Ergebnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Folglich ist eine Rücknahme mit *Ex tunc*-Wirkung im Falle eines gutgläubigen Behandelnden unverhältnismäßig, sodass der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht gerechtfertigt wäre. Eine Rücknahme *ex tunc* ist dagegen verfassungsrechtlich un-

---

<sup>463</sup> Die Berichterstattung erfolgt häufig überregional, siehe nur <https://www.welt.de/regionales/nrw/article156994796/Arzt-operierte-ohne-abgeschlossenes-Studium.html> [zuletzt abgerufen am 28.02.2020]

bedenklich, wenn der Betroffene wusste, dass er die Approbationsvoraussetzungen nicht erfüllt.

bb. Zwischenergebnis der verfassungsrechtlichen Überlegungen

Damit ist eine pauschale *Ex tunc*-Wirkung einer Approbationsrücknahme auch aus verfassungsrechtlicher Sicht abzulehnen. Die Ausführungen haben vielmehr gezeigt, dass im Falle eines gutgläubigen Behandelnden nur die Rücknahme mit Wirkung für die Zukunft verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. War sich der Behandelnde dagegen über das Fehlen der Approbationsvoraussetzungen im Klaren, spricht aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts dagegen, der Rücknahme auch Wirkung für die Vergangenheit zuzusprechen.

d. Zwischenergebnis: Pauschale *Ex tunc*-Wirkung unhaltbar

Die vorstehenden Überlegungen haben die gängige Lehrmeinung widerlegt:

Sowohl aus historischer als auch aus grammatischer, systematischer und schließlich verfassungsrechtlicher Sicht ist die pauschale *Ex tunc*-Wirkung einer Approbationsrücknahme nicht haltbar.

e. Einfachgesetzlicher Rahmen

Dieser Feststellung schließt sich aber die Frage an, welche Wirkung der Rücknahme stattdessen zukommt und wie diese einfachgesetzlich zu begründen ist. Zwar wurde mit der Differenzierung zwischen gut- und bösgläubigen Behandelnden bereits verfassungsrechtlich geklärt, wie die Rechtsfolge der Rücknahme aussehen soll. Erforderlich ist aber auch ein einfachgesetzlicher Rahmen dieser verfassungsrechtlichen Wertung, der den Begriffen der Gut- und Bösgläubigkeit mehr Kontur verleiht und sie für den Einzelfall handhabbar macht.

Ausgangspunkt hierfür ist § 5 Abs. 1 BÄO, der aber keine eindeutige Regelung für die Rechtsfolge der Rücknahme und insbesondere keine Unterscheidung nach Gut- und Bösgläubigkeit vorsieht. Fraglich ist also, wie diese verfassungsrechtlichen Vorgaben in das einfache Recht übernommen werden können.

aa. Vertrauensschutz

Die Lösung dieser Frage hat sich in den bisherigen Ausführungen bereits immer wieder angedeutet. Sie ist im Vertrauensschutzgrundsatz zu suchen, der insbesondere seit dem Urteil des Oberverwaltungsgerichtes Berlin im Jahr 1956 von der Rechtsprechung und dem Großteil der Literatur dazu genutzt wird, die Rechtsfolgen der Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte zu bestimmen.<sup>464</sup>

Der Gedanke des Vertrauensschutzes stellt die eine Seite im Widerstreit zweier Rechtsstaats Elemente dar, der sich bei der Aufhebung rechtswidriger Verwaltungsakte entwickelt. Ihm gegenüber steht der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der

<sup>464</sup> Siehe hierzu die Ausführungen unter § 2 II. 2. a. aa. (2).

Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG. Während der Staat einen rechtswidrigen, begünstigenden Verwaltungsakt grundsätzlich zurücknehmen muss, um die rechtsstaatlichen Verhältnisse wiederherzustellen, hat der Adressat des Verwaltungsaktes ein Interesse daran, die begünstigende Wirkung zu erhalten und den Verwaltungsakt bestehen zu lassen. Diese Interessen sind grundsätzlich gleich zu gewichten, es kommt für eine Entscheidung daher auf den jeweiligen Einzelfall an.<sup>465</sup> Geschützt werden soll das Vertrauen des Bürgers auf den Fortbestand der Rechtslage, die er zur Grundlage seiner Entscheidungen gemacht hat.<sup>466</sup>

Da auch der von der Rücknahme betroffene Behandelnde auf den Fortbestand seiner rechtswidrig erteilten Approbation vertraut hat, erscheint es sinnvoll, dieses Vertrauen zu schützen, soweit es schutzwürdig ist, wobei nach dem oben Gesagten für die Schutzwürdigkeit entscheidend ist, ob der Behandelnde gut oder bösgläubig hinsichtlich der fehlenden Approbationsvoraussetzungen war.

Im Folgenden wird zunächst beantwortet werden müssen, ob dieser Grundsatz auch bei der Approbationsrücknahme Anwendung findet. Denn in § 5 Abs. 1 BÄO selbst ist keine Rede von Vertrauensschutzgesichtspunkten. Daher ist zunächst die normative Grundlage des Vertrauensschutzes zu klären. Sollte der Vertrauensschutzgrundsatz verfassungsrechtlich verankert sein, müsste er bei der verfassungskonformen Auslegung der einfachgesetzlichen Bundesärzteordnung zwingend beachtet werden, auch wenn er nicht wörtlich dort zugrunde gelegt ist.<sup>467</sup> Problematisch ist hieran vor allem, dass einige Auffassungen den Vertrauensschutzgrundsatz nicht im Verfassungsrecht, sondern beispielsweise im zivilrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben verorten. Sollte sich dies bewahrheiten, müsste der Grundsatz in der verwaltungsrechtlichen Regelung des § 5 BÄO nicht zwingend berücksichtigt werden.

Steht die grundsätzliche Anwendbarkeit fest, müssen ferner die Voraussetzungen für die Gewährung von Vertrauensschutz und seine Rechtsfolgen geklärt werden. Nach diesen allgemeinen Ausführungen wird schließlich zu thematisieren sein, inwieweit der Vertrauensschutz bei den einzelnen Rücknahmegründen des § 5 BÄO relevant werden könnte.

---

<sup>465</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/*Sachs*, VwVfG, § 48 Rn. 28 und 138; *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 38; *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 59; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 142; *Erning*, DVBl. 1959, S. 795 (796).

<sup>466</sup> *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (254).

<sup>467</sup> *Köhler*, BGB AT, § 4 Rn. 21; vgl. auch BGHZ 101, 24 (27).

## (1) Normative Grundlagen des Vertrauensschutzgedankens

## (a) Treu und Glauben

Zur Begründung des Vertrauensschutzgedankens hat das Bundesverwaltungsgericht zunächst auf den Grundsatz von Treu und Glauben abgestellt.<sup>468</sup> Gegen diese Auffassung wurde allerdings berechtigte Kritik laut: Zur Einschränkung des in Art. 20 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich verbürgten Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung kommt vor dem Hintergrund der Normenhierarchie nur eine Rechtsfigur in Betracht, die ebenfalls in der Verfassung verwurzelt ist.<sup>469</sup> Ein solcher Verfassungsrang kommt dem Prinzip von Treu und Glauben aber gerade nicht zu, vielmehr ist es schlicht aus dem einfachgesetzlichen Zivilrecht entnommen.<sup>470</sup> Zur Begründung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzprinzips ist er daher nicht geeignet.

Darüber hinaus ist ein Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Zivilrecht immer mit einem unredlichen Verhalten verbunden. Nun fällt es aber einigermaßen schwer, in der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes und der damit verbundenen Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit ein unredliches Verhalten der Behörde zu erblicken.<sup>471</sup> Die Herleitung aus dem Prinzip von Treu und Glauben ist mithin abzulehnen.

(b) *Venire contra factum proprium*

Auch eine Anknüpfung an das aus § 242 BGB entspringende Verbot des *venire contra factum proprium*<sup>472</sup> scheidet aus. Dafür spricht schon, dass dieses eine Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben darstellt und mithin das soeben Dargelegte ebenfalls gilt.

Ferner wird kritisiert, dass das Verbot widersprüchlichen Verhaltens keinen ganzheitlichen Erklärungsansatz für das Vertrauensschutzprinzip liefern kann. Der Vertrauensschutzgrundsatz wird nämlich nicht nur im Rahmen der Aufhebung von Verwaltungsakten herangezogen, sondern beispielsweise auch bei der Frage, ob Gesetzen rückwirkende Kraft beigemessen werden darf.<sup>473</sup>

<sup>468</sup> BVerwGE 8, 261 (269); 9, 251 (253); BVerwG, DÖV 1958, 826 (827); BVerwG, MDR 1958, 710; VGH Mannheim, ZBR 1960, 163 (164); zustimmend: *Haneisen*, JZ 1959, S. 644 als Anmerkung zu BVerwG, Urteil vom 24.4.1959 – VI C 91/57; *Bachof*, JZ 1962, S. 745 (752); *Frotscher*, DVBl. 1976, S. 281 (288); *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 47 (jedoch auch für eine Herleitung aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit, siehe S. 52); BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 58; ebenso, allerdings grundlegend kritisch gegenüber dem Vertrauensschutzgrundsatz *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 171.

<sup>469</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 139.

<sup>470</sup> *Kimminich*, JZ 1962, S. 518 (522); *Kisker*, VVDStRL 1974, S. 149 (162 Fn. 50); *Knoke*, Rechtsfragen Rücknahme, S. 189.

<sup>471</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 137.

<sup>472</sup> *Lenz*, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S. 32.

<sup>473</sup> Siehe hierzu etwa *Schmidt*, JuS 1973, S. 529 (530); oder *Maurer*, HStR IV, § 79 Rn. 17 ff.



Eine allgemeingültige normative Grundlage muss aber in der Lage sein, das Vertrauensschutzprinzip sowohl im Falle des Handelns der Exekutive wie auch gegenüber der Legislative zu stützen.<sup>474</sup> Sieht man die Grundlage jedoch in dem *venire contra*-Grundsatz, so kann nicht erklärt werden, warum das Vertrauen des Bürgers auch gegenüber der Legislative geschützt wird. Denn Grundlage für das Verbot des *venire contra factum proprium* ist ein partnerschaftliches Verhältnis zwischen den Beteiligten. Dieses kann im Falle exekutiven Handelns mit Blick auf die Beziehung zwischen Bürger und Behörde möglicherweise noch attestiert werden (man denke an die Fälle des Öffentlich-rechtlichen Vertrages, §§ 54 ff. VwVfG). Für das Subordinationsverhältnis im Falle legislativen Handelns des Gesetzgebers gegenüber dem Bürger ist es aber auszuschließen.<sup>475</sup>

### (c) Quasivertragliches Schuldverhältnis

In der Literatur wird teilweise auch ein Schuldverhältnis konstruiert, das dem Staat die Pflicht auferlegt, sich so zu verhalten, dass der auf den Fortbestand staatlicher Entscheidungen vertrauende Bürger in seinem Vertrauen nicht enttäuscht wird.<sup>476</sup> Ähnlich argumentiert das Oberverwaltungsgericht Münster: Hiernach sei das Vertrauen des Bürgers in das korrekte Verhalten seines öffentlich-rechtlichen Verhandlungspartners ebenso schutzwürdig, wie das Vertrauen, das Bürger untereinander bei zivilrechtlichen Vertragsverhandlungen entgegenbringen dürfen.<sup>477</sup>

Diese Auffassung hat zwar für den Fall eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Verwaltung und Bürger eine gewisse Berechtigung.<sup>478</sup> Für das durch die hoheitliche Tätigkeit geprägte Über-Unterordnungsverhältnis bei Erlass von Verwaltungsakten liegt die Behauptung eines von Gleichordnung geprägten, quasivertraglichen Schuldverhältnisses aber doch reichlich fern.

### (d) *Estoppel*-Prinzip

*Ipsen*<sup>479</sup> hat zur Begründung des Vertrauensschutzprinzips das *Estoppel*-Prinzip aus dem englischen Recht als Vorbild bemüht: „*Wer im Vertrauen auf einen Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, wird in diesem Vertrauen demjenigen gegenüber geschützt, der den Tatbestand gesetzt hat.*“ Das *Estoppel*-Prinzip soll eine Bindung an vorrangegangenes Verhalten begründen.<sup>480</sup>

Auch diesem Ansatz ist allerdings der Vorwurf zu machen, den Vertrauensschutzgrundsatz nicht in Gänze erklären zu können: So kann die Legislative nicht

<sup>474</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 141.

<sup>475</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 141.

<sup>476</sup> Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 616.

<sup>477</sup> OVG Münster, DÖV 1971, 276 f.

<sup>478</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 143.

<sup>479</sup> *Ipsen*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S. 100. (Letztlich sieht er seinen Ursprung aber ebenfalls im – als Begründung ungeeigneten – Grundsatz von Treu und Glauben, siehe S. 101.)

<sup>480</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 143; ausführlich Schwarz, Europäisches Verwaltungsrecht, S. 877.

an vorangegangenes Verhalten gebunden werden, weil der Gesetzgeber ansonsten keine Möglichkeiten hätte, die Rechtslage mit Hilfe von Reformgesetzen zu korrigieren. Die Legislative könnte auf neue Erkenntnisse nicht angemessen reagieren.

Darüber hinaus wären künftige Gesetzgeber für alle Zeit an bereits erfolgte Rechtssetzung gebunden und könnten bei einer einmal geregelten Materie nicht erneut tätig werden. Damit verlöre der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* seine Gültigkeit.<sup>481</sup>

Eine Herleitung aus dem *Estoppel*-Prinzip muss somit ebenfalls ausscheiden.

#### (e) Rechtsstaatsprinzip

Teile der Literatur verorteten den Vertrauensschutzgrundsatz heute im Rechtsstaatsprinzip,<sup>482</sup> genauer: unter dem Aspekt der Rechtssicherheit.<sup>483</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht lokalisiert das Gebot des Vertrauensschutzes im Rechtsstaatsprinzip und rekurriert dabei auf Art. 20 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>484</sup> Gleiches gilt für das Bundessozialgericht.<sup>485</sup> Seit 1960 folgt auch das Bundesverwaltungsgericht zunehmend diesem Ansatz.<sup>486</sup> Ferner deuten die einschlägigen Materialien darauf hin, dass sich auch der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes dieser Auffassung angeschlossen hat.<sup>487</sup>

In der Literatur wird eine gespaltene Herleitung sowohl aus dem Grundsatz von Treu und Glauben als auch aus dem Prinzip der Rechtssicherheit vertreten.<sup>488</sup> Dabei komme dem Grundsatz von Treu und Glauben die Funktion zu, den individualistischen Teil des Vertrauensschutzgedankens zu beherbergen. Gemeint sind Fälle konkret individueller Natur, in denen sich das schutzwürdige Vertrauen auf

<sup>481</sup> Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 144; vgl. auch Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 279.

<sup>482</sup> Kimminich, JZ 1962, S. 518 (521); ders., JuS 1965, S. 249 (254); Ossenbühl, DÖV 1967, S. 246 (250); ähnlich auch Erning, DVBl. 1959, S. 795 (797): Vertrauensschutz als Wesensmerkmal des Rechtsstaates; siehe auch Stieb, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S. 21 f.; nicht entschieden bei Lotz, WiVerw 1979, S. 1 ff.

<sup>483</sup> So auch schon Menger, VerwArch 1958, S. 81 ff. im Anschluss an das wegweisende Urteil des OVG Berlin; ebenso Rohwer-Kahlmann in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, S. 56; Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 14; Ehlers/Kallerhoff, JURA 2009, S. 823; Ziekow, VwVfG, § 48 Rn. 2; Lange, JURA 1980, S. 456; Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S. 52 (jedoch auch für eine Herleitung aus Treu und Glauben, siehe S. 47).

<sup>484</sup> BVerfGE; 30, 392 (403); 50, 244 (250); 59, 128 (164); 72, 200 (257 f.); 105, 48, 57 f.; BVerfG, NJW 2004, 2960.

<sup>485</sup> BSG, NZS 1993, 565.

<sup>486</sup> BVerwGE 11, 136 (137 f.); 13, 28; BVerwG, NJW 1961, 1130 (1131); stellenweise wird allerdings immer noch auf den Grundsatz von Treu und Glauben rekurriert, siehe BVerwGE 19, 188 (189); 21, 119 (124); BVerwG, NVwZ-RR 2004, 314 (zur Frage der Verwirkung); BVerwG, Beschluss vom 01. April 2004 – 4 B 17/04 –, juris (Verwirkung); Beschluss vom 01. Februar 2005 – 7 B 115/04 –, juris (Verwirkung).

<sup>487</sup> Siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 69.

<sup>488</sup> Ossenbühl, DÖV 1964, S. 511 (517); ders., DÖV 1972, S. 25 (27).

den Fortbestand eines Verwaltungsaktes richtet. Demgegenüber spiele die Wurzel im Prinzip der Rechtssicherheit in den Fällen eine Rolle, in denen es um das Vertrauen in den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung geht. Hier trete der persönliche Einschlag zwischen Staat und Bürger mangels konkret-individueller Regelung in den Hintergrund.<sup>489</sup> Dieser Auffassung ist aber aufgrund der dargelegten Vorbehalte gegen eine Herleitung aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Absage zu erteilen. Ein verfassungsrechtliches Prinzip kann auf Grund der Normenhierarchie nicht aus einem einfachgesetzlichen Grundsatz hergeleitet werden.<sup>490</sup> Vielmehr stellt der zivilrechtliche Grundsatz von Treu und Glauben in § 242 BGB das Einfallstor dar, mit dem der verfassungsrechtliche Vertrauensschutzgrundsatz auch im Zivilrecht Anwendung findet.

Auch *Püttner* kritisiert die Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip: Die wiederstreitenden Grundsätze der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und die Rechtssicherheit seien jeweils Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips.<sup>491</sup> Darüber hinaus führe die Abwägungsentscheidung im Rahmen der Frage der Schutzwürdigkeit nicht zu Rechtssicherheit, sondern zu Unsicherheit über den Fortbestand des Verwaltungsaktes.<sup>492</sup>

Widerstreitende Grundsätze aus ein und demselben Verfassungsprinzip sind allerdings entgegen der Auffassung *Püttners* nicht ausgeschlossen.<sup>493</sup> Diese Möglichkeit ergibt sich vielmehr zwangsläufig, wenn man abstrakt generelle Grundprinzipien mit mannigfaltigem Aussagegehalt einführt. Wo ein Grundsatz mehrere Ausprägungen hat, ist nicht ausgeschlossen, dass diese zueinander auch einmal in Widerspruch treten können.

Seinem zweiten Argument ist entgegenzuhalten, dass die Abwägung zwar zwangsläufig vom Einzelfall abhängt und eine Entscheidung daher nicht abstrakt getroffen werden kann. Trotzdem kann die erforderliche Rechtssicherheit hergestellt werden, indem die Abwägungskriterien kenntlich gemacht werden. Insofern liegt der Entscheidung über die Rücknahme nicht weniger Rechtssicherheit zugrunde als jeder anderen Entscheidung im Einzelfall.

*Maurer*<sup>494</sup> wiederum vertritt die Auffassung, der Grundsatz könne sowohl auf dem Prinzip von Treu und Glauben als auch auf der Rechtssicherheit fußen. Mit Hilfe des Grundsatzes von Treu und Glauben sei man allerdings in der Lage, neben der Begründung des Vertrauensschutzgedankens auch das richtige Maß an Vertrauensschutz zu ermitteln: „Der Rückzug auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit ist dann nicht mehr überzeugend, wenn die durch die verletzten Gesetze geschützten öffentlichen Interessen hinter den schutzwürdigen Interessen des Bürgers zurücktreten.“

---

<sup>489</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1972, S. 25 (27).

<sup>490</sup> Siehe hierzu schon unter § 2 II. 2. c. aa. (1) (a).

<sup>491</sup> Ebenso *Preuß*, JA 1977, S. 265 (268).

<sup>492</sup> *Püttner*, VVDStRL 1974, S. 200 (203 f.).

<sup>493</sup> *Haneisen*, DVBl. 1957, S. 506 (507).

<sup>494</sup> *Maurer*, HStR IV, § 79 Rn. 97 f.

Auch hiergegen spricht wiederum, dass der einfachgesetzliche Grundsatz von Treu und Glauben nicht zur Herleitung eines Verfassungsprinzips geeignet ist.

(f) Sozialstaatsprinzip

Im Schrifttum findet sich ferner auch der Gedanke, den Vertrauensschutzgrundsatz im Sozialstaatsprinzip zu verorten. Der Schutz des Vertrauens beruhe auf einem sozialen Gebot.<sup>495</sup>

Der Gedanke resultiert aus dem Umstand, dass Leistungsbescheide vornehmlich sozial Schwachen zuteilwerden, die es bei der Rücknahme eines solchen Bescheides besonders zu schützen gilt.<sup>496</sup> Tatsächlich ergehen Leistungsbescheide aber auch in anderen Konstellationen. So werden Subventionen beispielsweise auch an wirtschaftlich starke Unternehmen vergeben. In diesem Fall stellt der Vertrauensschutz im Falle einer Rücknahme keine soziale Verpflichtung dar.<sup>497</sup> Da dieser Ansatz mithin nicht geeignet ist, den Vertrauensschutzgedanken umfassend zu begründen, ist er abzulehnen.

(g) Grundrechte

Ein weiterer Ansatz geht dahin, den Vertrauensschutz in einzelnen Grundrechten zu verorten. So stimmt *Blanke* der herrschenden Auffassung zwar zu, wenn er den Vertrauensschutzgrundsatz im Rechtsstaatsprinzip verortet. Primär geht er jedoch davon aus, dass Aspekte des Vertrauensschutzes in jedem einzelnen Grundrecht enthalten sind und bei der Abwägungsentscheidung im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs anzusprechen sind.<sup>498</sup> Auch nach *Kopp* steht nicht der Vertrauensschutzgrundsatz als solcher im Vordergrund. Vielmehr sei der Ausgangspunkt der Argumentation der Eingriff in ein bestimmtes Rechtsgut, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Geschützt sei nur das Vertrauen in konkrete Rechtsgüter. Der Vertrauensschutzgedanke sei immer nur bei der Frage relevant, ob der jeweilige Eingriff in die Rechtsgüter des Betroffenen gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoße.<sup>499</sup>

Ähnlich funktioniert das Erklärungsmodell von *Schwarz*<sup>500</sup>: Danach wurzele der Vertrauensschutz allein in den Grundrechten, nicht aber im Rechtsstaatsprinzip. Dort wo vertrauensschutzrelevante Fallgestaltungen von den Schutzbereichen der Grundrechte nicht erfasst werden, habe der Verfassungsgeber eine bewusste Lücke gelassen, die einer nachträglichen Korrektur „durch rechtsstaatlich verbrämte Billigkeitserwägungen“ nicht mehr zugänglich ist.<sup>501</sup> Mit anderen Worten: Der Vertrauens-

<sup>495</sup> *Richter*, DÖV 1962, S. 454 (457).

<sup>496</sup> Vgl. *Mainka*, Vertrauensschutz, S. 28.

<sup>497</sup> *Mainka*, Vertrauensschutz, S. 29.

<sup>498</sup> *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 141 ff.

<sup>499</sup> *Kopp*, BayVBl. 1980, S. 38 (40).

<sup>500</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 557 ff.

<sup>501</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 562.

schutzgedanke kann nur im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zugunsten des eingeschränkten Grundrechtes ins Feld geführt werden. Dort wo eine erworbene Rechtsposition nicht in den Schutzbereich eines Grundrechtes fällt, ist dies hinzunehmen, ohne dass Vertrauensschutz über das Rechtsstaatsprinzip vermittelt werden kann.

*Schmidt*<sup>502</sup> zieht eine Parallele zwischen dem verfassungsrechtlich verankerten Vermögensschutz durch Art. 14 Abs. 1 GG und dem Vertrauensschutzgedanken. Die Gemeinsamkeit liege im Wesentlichen darin, dass beide in der Vergangenheit erworbene Rechtspositionen schützen. Eine Anlehnung des Vertrauensschutzgedankens an die Dogmatik des Art. 14 GG könne dazu beitragen, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Vertrauensschutzgedankens besser zu erklären, als es die bisherigen Ansätze vermochten: Zunächst sei die Frage, wann das Vertrauen schutzwürdig ist, zu bejahen, wenn die Rechtsposition in den Schutzbereich des Eigentums fällt, sodass man auf die zu Art. 14 GG entwickelten Grundsätze zurückgreifen könne. Als besser zu erklärende Rechtsfolge sei insbesondere die des Vertrauensschutzes durch Vermögensschutz zu nennen.<sup>503</sup> So könne man in dem Widerruf eines Verwaltungsaktes eine Enteignung sehen. Der Anspruch auf den Vertrauensschaden, der nunmehr auch nach § 48 Abs. 3 VwVfG besteht, sei dann letztlich nichts anderes als die Entschädigung für diese Enteignung.<sup>504</sup>

Nach Auffassung von *Preuß*<sup>505</sup> beschränkt sich der grundgesetzlich vorgegebene Vertrauensschutz auf den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG. Dem Gesetzgeber stehe es aber frei, einfachgesetzliche Normen zu erlassen, die über dieses Minimum hinaus Vertrauen schützen, so wie bei § 48 VwVfG geschehen.

#### (h) Einordnung und Zwischenergebnis

Aufgrund der gewichtigen Gegenargumente sind die Herleitungen des Vertrauensschutzgrundsatzes aus dem Prinzip von Treu und Glauben bzw. dem Gedanken des *venire contra factum proprium* sowie aus dem quasivertraglichen Ansatz, dem *Estoppel*-Prinzip und dem Sozialstaatsprinzip abzulehnen.<sup>506</sup>

Übrig bleibt die herrschende Meinung, die den Vertrauensschutz im Rechtsstaatsprinzip ansiedelt sowie die Auffassungen aus der Literatur, die den Grundsatz in den Grundrechten verorten. Da die verbleibenden Auffassungen den Vertrauensschutzgrundsatz in der Verfassung verorten, die als objektive Werteordnung bei der Auslegung einfachgesetzlicher Normen zu beachten ist, ist eine Entscheidung für die Zwecke dieser Arbeit nicht erforderlich.

---

<sup>502</sup> *Schmidt*, JuS 1973, S. 529 (532 ff.).

<sup>503</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 2 II. 2. e. aa. (3) (b) (bb).

<sup>504</sup> Dagegen: *Frotscher*, DVBl. 1976, S. 281 (287).

<sup>505</sup> *Preuß*, JA 1977, S. 265 (318).

<sup>506</sup> Mit Blick auf den Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet dies jedoch nicht, dass dieser in keinem Zusammenhang mit dem Vertrauensschutzgrundsatz steht. Vielmehr sind § 242 BGB und der Gedanke des *venire contra factum proprium* letztlich einfachgesetzliche Ausgestaltungen des verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertrauensschutzes.

Die verfassungsrechtliche Verortung des Vertrauensschutzprinzips hat zur Folge, dass es im Rahmen des § 5 Abs. 1 BÄO Anwendung finden kann und muss, auch wenn der Vertrauensschutz dort nicht explizit erwähnt wurde.<sup>507</sup> Die Rücknahmevorschrift der Bundesärztleitung ist insoweit verfassungskonform auszulegen.

(2) Dogmatische Anknüpfung des Vertrauensschutzgrundsatzes an § 5 Abs. 1 BÄO

Damit ist die grundsätzliche Möglichkeit und Erforderlichkeit der Anwendbarkeit des Vertrauensschutzprinzips auch im ärztlichen Berufsrecht geklärt.

Problematisch ist jedoch die einfachgesetzliche, dogmatische Anknüpfung des Vertrauensschutzgedankens, mit anderen Worten: die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben im einfachen Recht. Anders als in § 48 VwVfG ist der Grundsatz in § 5 BÄO mit keinem Wort erwähnt. Ein direkter Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften aus dem Verwaltungsverfahrensgesetz scheidet ebenfalls aus, da § 5 BÄO die Rücknahme der Approbation abschließend regelt.<sup>508</sup>

(a) Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens im Entschließungsermessens  
Möglicherweise ist der Grundsatz aber im Rahmen des Entschließungsermessens nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO zu berücksichtigen.

Dagegen spricht zunächst, dass Vertrauensschutzaspekte in § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG explizit geregelt sind. Dieser Regelung hätte es aber nicht bedurft, wenn die Grundsätze des Vertrauensschutzes ohnehin im Rahmen des Rücknahmeermessens im allgemeinen Verwaltungsrecht zu berücksichtigen wären. Die Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes im Rahmen des § 5 BÄO, ohne dass dieser dort explizit erwähnt wird, würde ein systematischer Vergleich mit den allgemeinen Rücknahmeregelungen daher widersprechen.

Jedoch haben die vorangegangenen Ausführungen offengelegt, dass der Vertrauensschutzgrundsatz letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip bzw. den Grundrechten entspringt und auch schon beachtet wurde, als die Aufhebung begünstigender Verwaltungsakte lediglich richterrechtlich geregelt war. Da das Grundgesetz als objektive Werteordnung auf die einfachgesetzlichen Normen ausstrahlt, sind im Rahmen der Ermessensentscheidung die verfassungsrechtlichen Wertungen und mithin auch das Vertrauensschutzprinzip auch dann zu beachten, wenn diese nicht explizit in der jeweiligen Norm erwähnt werden.<sup>509</sup> Der Vorwurf eines systematischen Bruchs zwischen § 5 BÄO und § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG wäre dann mit dem Argument zu entkräften, dass auch dem Rücknahmeermessen des Verwaltungsverfahrensgesetzes der Gedanke des Vertrauensschutzes durch die Einstrahlung der Verfassung immanent ist. Er erfährt durch die Absätze zwei und

<sup>507</sup> Vgl. *Geurts*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S. 34 f.; vgl. ferner *Kleine-Kosack*, NJ 1992, S. 329 (331).

<sup>508</sup> Siehe hierzu unter § 2.

<sup>509</sup> BVerfGE 7, 198 ff.

drei lediglich eine besondere, einfachgesetzliche Ausgestaltung. Gestützt wird diese Auffassung von der Tatsache, dass auch bei der Rücknahmeentscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG Vertrauensschutzgesichtspunkte eine Rolle spielen,<sup>510</sup> obwohl sie dort gerade nicht explizit geregelt sind.

Allerdings ist bereits klargestellt worden, dass die Berücksichtigung des Vertrauensschutzgrundsatzes im Rahmen des Entschließungsermessens dem Zweck der Approbationsrücknahme zuwiderlaufen würde. Sie bedeutet nämlich letztlich nichts anderes, als dass ein für den Arztberuf nicht geeigneter Behandelnder weiterhin approbiert bleibt, weil er auf den Bestand seiner Approbation vertraut hat. Das kann vor dem Hintergrund des Zieles, die Gesundheit der einzelnen Patienten und der Allgemeinheit zu schützen, nicht richtig sein. Der Fortbestand der Approbation würde zu einer Patientengefährdung führen, weil der Behandelnde für den Arztberuf nicht geeignet ist.

Die in § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO explizit geregelte Ermessensentscheidung hat vielmehr allein den Zweck, der Behörde die Möglichkeit zu geben, von der Rücknahme abzusehen, wenn klar ist, dass der Betroffene postwendend einen Anspruch auf Wiedererteilung der Approbation erhielte, weil die Versagungsgründe inzwischen nicht mehr vorliegen.<sup>511</sup> Vertrauensschutzaspekte haben an dieser Stelle keinen Platz.

#### (b) Berücksichtigung des Vertrauensschutzgedankens im Auswahlermessen

Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Vertrauensschutz bei der Approbationsrücknahme überhaupt keine Rolle spielt. Vielmehr hat man sich an dieser Stelle den Ansatz von *Jerouschek* und *Eichelberger* vor Augen zu führen, nach denen der Behörde bei einer Approbationsrücknahme nach § 3 PsychThG ein Auswahlermessen hinsichtlich der zeitlichen Wirkung zukommt.<sup>512</sup> Daran angelehnt, kommt der Behörde bei Rücknahme der ärztlichen Approbation nach hier vertretener Ansicht nicht nur ein Entschließungsermessen über das „ob“ der Rücknahme, sondern auch ein Auswahlermessen hinsichtlich des „wie“ der Rücknahme zu. Darunter fällt auch die Frage nach der zeitlichen Wirkung, sodass es letztlich im Ermessen der Approbationsbehörde liegt, ob die Rücknahme mit *Ex tunc*- oder *Ex nunc*-Wirkung erfolgt.

Aufgrund des systematischen Zusammenhangs, der insbesondere durch die übernommene Begrifflichkeit deutlich wird, ist zur Begründung dieser Auffassung die Kodifizierung der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rücknahmedogmatik in § 48 VwVfG von Bedeutung. Die Vorschrift ist das Resultat jahrzehntelanger Diskussionen in Rechtsprechung und Lehre und kann damit als Blaupause für die Auslegung des Rücknahmebegriffs in sondergesetzlichen Regelungen dienen. An § 48 VwVfG wird deutlich, dass dem Begriff der Rücknahme auch eine Entschei-

---

<sup>510</sup> Siehe unter § 2 II. 2. b. gg.

<sup>511</sup> Siehe bereits unter § 2 II. 1. b. aa.

<sup>512</sup> Siehe schon unter § 2 II. 2. b. dd.

derung der Behörde über die zeitliche Wirkung immanent ist.<sup>513</sup> So ist die Behörde bei Anwendbarkeit des § 48 VwVfG weitestgehend frei, wenn es um die Ausübung des Auswahlermessens und damit der Bestimmung der zeitlichen Wirkung der Rücknahme geht. Allein im Falle des § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG liegt intendiertes Ermessen vor, falls schutzwürdiges Vertrauen ausgeschlossen ist.<sup>514</sup>

Da ein solches Auswahlermessen in dem Rücknahmebegriff des § 48 VwVfG enthalten ist und im Übrigen auch schon vor der Kodifizierung anerkannt war<sup>515</sup>, spricht der systematische Zusammenhang dafür, ein solches auch für die Rücknahme nach § 5 Abs. 1 BÄO zu bejahen.

Zu beachten ist nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zur Anwendbarkeit des § 48 Abs. 4 VwVfG innerhalb des § 5 BÄO<sup>516</sup> zwar, dass eine solche Anlehnung der allgemeinen Regelungen dort nicht erfolgen darf, wo die Sondervorschrift eine abschließende Regelung enthält. Dieser Fall ist mit Blick auf das Auswahlermessen aber nicht gegeben, weil es von der Vorschrift gerade nicht geregelt wird. § 5 BÄO enthält vielmehr nur Ausführungen zum Entschließungsermessen. Anders als in dem betreffenden Fall des Bundesverwaltungsgerichtes läuft die Annahme eines Auswahlermessens auch nicht dem Zweck des § 5 BÄO zuwider, wie es die Annahme einer Ausschlussfrist getan hätte.<sup>517</sup> Denn gleichgültig in welche Richtung sich die Behörde entscheidet, die Approbation wird in jedem Fall entzogen, sodass für künftige Patienten keine Gefahr mehr besteht. Die Übernahme der Frist aus § 48 Abs. 4 VwVfG hätte dagegen zur Folge gehabt, dass ein ungeeigneter Arzt weiterhin an der Gesundheitsversorgung teilhaben könnte.

### (c) Zwischenergebnis

Damit ist festzuhalten, dass der Approbationsbehörde bei der Rücknahme nach § 5 Abs. 1 BÄO neben dem Entschließungsermessen in § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO auch ein Auswahlermessen hinsichtlich der zeitlichen Wirkung der Rücknahme zukommt. Dieses gilt sowohl für die Fälle, in denen ein obligatorischer Rücknahmegrund vorliegt, als auch für die Fälle der fakultativen Rücknahmegründe. Bei der Ausübung des Auswahlermessens hat die Behörde dann Vertrauensschutzaspekte zu beachten.<sup>518</sup>

<sup>513</sup> *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn. 128; *Erichsen/Ehlers/Ruffert*, § 23 Rn. 39.

<sup>514</sup> Siehe hierzu schon die Darstellung des § 48 VwVfG unter § 2 II. 2. b. gg.

<sup>515</sup> Siehe BVerwGE 9, 251 (253); *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 132; *Becker*, DÖV 1973, S. 379 (384 f.); *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 272.

<sup>516</sup> BVerwGE 105, 214 (218 f.).

<sup>517</sup> Siehe eingehend unter § 2 III. 1.

<sup>518</sup> Vgl. *Jerouschek*, § 3 PsychThG Rn. 4; *Spickhoff/Eichelberger*, § 3 PsychThG Rn. 8.



(3) Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes bei der Approbationsrücknahme  
Es bleibt nunmehr die Frage zu beantworten, in welchen Fällen dem betroffenen Arzt Vertrauensschutz zukommen soll und wie sich dieser auf die Rechtsfolge der Rücknahme auswirkt. Auch hierzu ist wieder auf die Blaupause der Vertrauensschutzdogmatik aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht zurückzugreifen, die für den besonderen Fall der Approbationsrücknahme fruchtbar gemacht werden kann.

(a) Voraussetzungen für Vertrauensschutz

Der Vertrauensschutzgedanke lässt sich laut *Maurer*<sup>519</sup> auf drei wesentliche Merkmale reduzieren: Zunächst ist ein Verhalten des Staates erforderlich, auf das der Bürger sein Vertrauen gründen kann. Nimmt man den Bereich der Exekutive in den Blick, liegt das vertrauensbegründende Verhalten des Staates zumeist im Erlass eines Verwaltungsaktes, konkret also in der Erteilung der Approbation.<sup>520</sup> Weiter ist ein schutzwürdiges Verhalten des Bürgers zu fordern, das an die staatliche gesetzte Vertrauensgrundlage anknüpft. Schließlich muss eine Abwägung mit den öffentlichen Interessen stattfinden, die der Verwirklichung des Vertrauensschutzgrundsatzes im Wege stehen.

Richtigerweise kann die Abwägung mit dem öffentlichen Interesse jedoch schon im Rahmen der Schutzwürdigkeit vorgenommen werden. Insofern ist *Ossenbühl*<sup>521</sup> zu folgen, nach dessen Auffassung sich das schutzwürdige Verhalten des Bürgers in eine subjektive und eine objektive Komponente untergliedern lässt: Aus subjektiver Sicht ist zunächst zu klären, ob der Arzt auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat. Nur wenn diese Frage bejaht wird, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob das Vertrauen aus objektiver Sicht in Abwägung mit dem Interesse des Staates an der Rücknahme auch schutzwürdig war. Wie noch zu zeigen ist, lässt sich die Leerformel der Schutzwürdigkeit am besten mit Hilfe einer Abwägung mit Inhalt füllen.<sup>522</sup> Somit wird das dritte Merkmal *Maurers*, die Abwägung mit dem öffentlichen Interesse, schon im Rahmen der Schutzwürdigkeit geprüft.

---

<sup>519</sup> *Maurer*, HStR IV, § 79 Rn. 13.

<sup>520</sup> Die Vertrauensgrundlage kann auch anderweitig gesetzt werden. Beispielsweise durch Zeitablauf ohne Tätigkeit der Behörde, siehe *Rottenwallner*, DVP 2015, S. 135 (140).

<sup>521</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511 (517).

<sup>522</sup> Siehe unter § 2 II. 2. e. aa. (3) (a) (bb).

(aa) Subjektive Komponente: Hat der Arzt auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut?

Die subjektive Komponente des Vertrauensschutztatbestandes ist zu bejahen, wenn der Betroffene auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat.<sup>523</sup> Daran fehlt es beispielsweise, wenn er von der Existenz des Verwaltungsaktes keine Kenntnis hatte.<sup>524</sup>

Darüber hinaus wird gefordert, dass der Betroffene das Vertrauen – beispielsweise durch Vermögensdispositionen – betätigt hat.<sup>525</sup> Die Manifestation des Vertrauens sei erforderlich, weil sie als rein subjektiver Vorgang nicht beweisbar sei.<sup>526</sup> Auch bestehe nur im Falle einer Vertrauensbetätigung ein Schutzbedürfnis des Betroffenen.<sup>527</sup>

Nach richtiger Auffassung ist eine Manifestation des Vertrauens aber nicht zwingend erforderlich.<sup>528</sup> Das zeigt schon die Systematik des § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG, wonach der Verbrauch gewährter Leistungen im Regelfall die Schutzwürdigkeit des Vertrauens zur Folge hat. Ob der Betroffene sein Vertrauen manifestiert hat, ist danach erst im Rahmen der Abwägungsentscheidung relevant, weil hierbei über die Schutzwürdigkeit entschieden wird.<sup>529</sup> Für die Rechtsanwendung ergibt sich daraus kein Nachteil, vielmehr ist die Berücksichtigung im Rahmen der Abwägung mit erhöhter Flexibilität verbunden. Macht man das subjektive Element von Manifestation abhängig, schneidet man sich die flexibleren Lösungsmöglichkeiten im Rahmen der Abwägung für Fälle ab, in denen der Betroffene auch ohne Betätigung seines Vertrauens schutzwürdig erscheint.

Der Arzt hatte Kenntnis von der Approbation, da er ihre Erteilung beantragt hat. Anhaltspunkte für mangelndes Vertrauen sind nicht ersichtlich, sodass die subjektive Komponente bejaht werden kann.

<sup>523</sup> Huck/Müller/J. Müller, VwVfG § 48 Rn. 26.

<sup>524</sup> Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, §11 Rn. 35; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG § 48 Rn. 34.

<sup>525</sup> BVerwGE 17, 335; 68, 159 (164); BVerwG, NJW 1964, 563; Geurts, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S. 50; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 325; Ziekow, VwVfG, § 48 Rn. 22; Krausnick JuS 2010, S. 681 (684); nach BVerwGE 24, 294, (296) sind von diesem Grundsatz auch Ausnahmen möglich; offenlassend in BVerwGE 48, 87 (93); 67, 129 (133 f.).

<sup>526</sup> Huck/Müller/J. Müller, VwVfG § 48 Rn. 26.

<sup>527</sup> Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG § 48 Rn. 31 und 136.

<sup>528</sup> BVerwGE 13, 28 (33); Ehlers/Kallerhoff, JURA 2009, S. 823, (830); Hauelsen, NJW 1962, S. 335 (336); Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 37; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rn. 96; auch Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 15, wonach lediglich das Maß an zuteilwerdendem Vertrauensschutz davon abhängt, inwieweit sich der Betroffene auf den Fortbestand des Verwaltungsaktes eingestellt hat.

<sup>529</sup> Siehe hierzu sogleich unter § 2 II. 2. e. aa. (3) (a) (bb) (ccc).

(bb) Objektive Komponente: Ist das Vertrauen in Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an der Rücknahme schutzwürdig?

Neben der subjektiven Komponente ist in objektiver Hinsicht erforderlich, dass das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdig war, er also auf den Fortbestand des Verwaltungsaktes vertrauen durfte.

Nach Auffassung *Maurers*<sup>530</sup> ist zur Feststellung der Schutzwürdigkeit eine getrennte Prüfung vorzunehmen. Zunächst sei die Schutzwürdigkeit festzustellen und nur wenn diese bejaht werden kann, komme es zu einer Interessenabwägung.

Nach richtiger Auffassung ist schon die Schutzwürdigkeit des Vertrauens eine Frage der Abwägung.<sup>531</sup> Dieser Ansatz erscheint vor dem Hintergrund sinnvoller, dass es sich bei dem Begriff des schutzwürdigen Vertrauens um eine ausfüllungsbedürftige Leerformel handelt.<sup>532</sup> Ob Vertrauen schutzwürdig ist, kann aber anhand einer konkreten Abwägung fundiert begründet und die Leerformel so mit Inhalt gefüllt werden.

Darüber hinaus ist die Frage der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes letztlich auf den Konflikt zwischen dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und dem Vertrauensschutz des Betroffenen zu reduzieren, die im Wege der praktischen Konkordanz zu einem angemessenen Ausgleich zu führen sind.<sup>533</sup> Fordert man im Vorfeld der Abwägung aber zunächst einmal schutzwürdiges Vertrauen, so nimmt man diejenigen Fallgruppen generell von der Abwägung aus, in denen die Schutzwürdigkeit vermeintlich nicht besteht. Das kann schon vor dem Hintergrund nicht überzeugen, dass für die Frage der Schutzwürdigkeit keine greifbaren Kriterien vorliegen, sodass nach dieser Auffassung Vertrauensschutz für Fälle verneint werden könnte, in denen dieser mit Blick auf den Interessenausgleich eigentlich gewährt werden müsste.

Die Schutzwürdigkeit ist also mittels einer Abwägung des staatlichen Rücknahmeinteresses mit dem Bestandsinteresse des Arztes zu ermitteln. Aus einer Gesamtschau der gesetzlichen Regelung in § 48 VwVfG<sup>534</sup> sowie der allgemeinen Rücknahmelehre vor der Kodifizierung ergeben sich für diese im Hinblick auf die Approbationsrücknahme folgende Anhaltspunkte:

---

<sup>530</sup> *Maurer*, HStR IV, § 79 Rn. 92; *Maurer*, FS Boorberg Verlag, S. 223 (245 f.); ebenso *Geurts*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S. 55.

<sup>531</sup> EVwVerfG 1963, S. 170; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn 98 und 127; *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, VwVfG, § 48 Rn. 144; wohl auch *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 325.

<sup>532</sup> *Kisker*, VVDStRL 1974, S. 149 (151).

<sup>533</sup> *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 309.

<sup>534</sup> Auch *Maurer/Waldhoff/Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11 Rn. 33 hält die Regelung für verallgemeinerungsfähig.

## (aaa) Verantwortungsbereich

Zunächst spricht es gegen seine Schutzwürdigkeit, wenn die Rechtswidrigkeit in den Verantwortungsbereich des Bürgers fällt.<sup>535</sup> Im Umkehrschluss wird das Bestandsinteresse des Bürgers überwiegen, wenn die Rechtswidrigkeit allein auf einem Fehler der Behörde beruht.<sup>536</sup> Eine Konkretisierung dieses Grundsatzes enthält § 48 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Der Bürger ist für die Rechtswidrigkeit verantwortlich, wenn er bei der Behörde unvollständige oder unrichtige Angaben gemacht hat. Vertrauensschutz ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Besteht eine Mitteilungspflicht, reicht auch das Unterlassen von Angaben aus.<sup>537</sup> Auf ein Verschulden kommt es nach der Vorschrift nicht an, es genügt die objektive Unrichtigkeit.<sup>538</sup>

Es sind aber auch Fälle geteilter Verantwortlichkeit denkbar, wenn die Behörde sich beispielsweise nicht auf die Angaben des Bürgers verlässt, sondern diese einer genauen Nachprüfung unterzieht. Denn wenn der Behörde die Fehlerhaftigkeit der Angaben im Rahmen der eigenständigen Prüfung nicht auffällt, trägt auch sie eine Mitverantwortung für die Rechtswidrigkeit, was zumindest ein Indiz für ein Überwiegen des Bestandsinteresses darstellen kann.<sup>539</sup> Das gilt jedenfalls in Fällen, in denen die Fehlerhaftigkeit offenkundig und von der Behörde daher ohne weiteres zu entdecken war.

In den Verantwortungsbereich des Bürgers fällt die Rechtswidrigkeit aber in jedem Fall, wenn er den Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangt hat, vgl. § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1.<sup>540</sup> Ist dem Bürger derartige, unredliche Handeln vorzuwerfen und ist dieses Handeln kausal für den Verwaltungsakt, überwiegt das staatliche Interesse an einer Rücknahme *ex tunc*. Das zeigt schon § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 1–3 VwVfG, der in diesem Fall sogar einen völligen Ausschluss des Vertrauensschutzes vorsieht.

<sup>535</sup> BVerwGE 8, 261 (271); BVerwG, NJW 1962, 360 f.; NJW 1964, 563; OVG Münster, MDR 1960, 956; *Haneisen*, DVBl. 1957, S. 506 (508) als Anmerkung zu OVG Berlin, Urteil vom 14.11.1956 – VII B 12/56; *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (254); *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 73; *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 263; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG § 48 Rn. 32.

<sup>536</sup> *Weber*, BKK 1960, S. 234 (237).

<sup>537</sup> BVerwGE 74, 357 (363 f.); 100, 199 (201); 143, 230 (234).

<sup>538</sup> BVerwGE 74, 357, (364); 78, 139 (142); 143, 230 (234); BSG, Urteil vom 18. Oktober 1962 – 11 RV 392/60 –, SozR Nr. 13 zu § 47 VerwVG Rn. 19; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn. 119; *Ziekow*, VwVfG, § 48 Rn. 33; vgl. auch Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 70; a.A. noch BVerwG, NJW 1958, 154.

<sup>539</sup> *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 39; a.A. *Ziekow*, VwVfG, § 48 Rn. 34, wonach eine Verantwortlichkeit der Behörde nur bei unzulässiger Rechtsausübung durch selbige in Betracht kommt.

<sup>540</sup> *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 43; *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S. 72 f.; *Ejermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 40; vgl. auch BVerwGE 8, 261 (271).

Aus diesen allgemeinen Ausführungen folgt, dass es gegen die Schutzwürdigkeit des Arztes spricht, wenn die Rechtswidrigkeit der Approbation aus seiner Sphäre stammt.

Das betrifft vor allem Fälle, in denen seine Angaben gegenüber der Behörde in einer wesentlichen Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Das ist wiederum der Fall, wenn die falschen Angaben ausschlaggebend für die behördlich Entscheidung waren. Ein vollständiger Ausschluss schutzwürdigen Vertrauens liegt mangels einer mit § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 VwVfG vergleichbaren Regelung nicht vor. Die Abwägung kann daher durchaus auch eine Schutzwürdigkeit ergeben, beispielsweise wenn auch die Behörde ein Mitverschulden trifft. War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes aber bösgläubig, sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die eine Abwägung zugunsten des Bestandsschutzes rechtfertigen würden.

(bbb) Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis

Das Rücknahmeinteresse überwiegt ferner, wenn der Bürger Kenntnis beziehungsweise grob fahrlässige Unkenntnis von den Rücknahmegründen hatte.<sup>541</sup> Dahinter steht der Gedanke, dass mit der Rücknahme rechnen musste, wer die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes gekannt hat, sodass er schutzwürdiges Vertrauen nicht bilden konnte.<sup>542</sup>

Dieser Grundsatz wurde in § 48 Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG in Gesetzesform gegossen, der ein Berufen auf Vertrauensschutz in diesem Fall gänzlich ausschließt. Bei Anwendung der Vorschrift reicht es allerdings nicht aus, wenn der Bürger bloße Kenntnis von den tatsächlichen Vorgängen hat, die letztlich die Rechtswidrigkeit nach sich ziehen. Vielmehr ist zu fordern, dass er mittels einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ erkennt, dass der Verwaltungsakt zu Unrecht ergangen ist.<sup>543</sup> Von grob fahrlässiger Unkenntnis ist auszugehen, wenn der Bürger die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, wobei individuelle Umstände und persönliche Fähigkeiten Berücksichtigung finden.<sup>544</sup> Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung kann beispielsweise vorliegen, wenn der Adressat des Verwaltungsaktes eine naheliegende und einfache Gedankenoperation nicht durchführt<sup>545</sup> oder Zweifel an der Richtigkeit des Bescheides nicht nachgeht<sup>546</sup> und daher weiterhin keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit hat. Die Rechtswidrigkeit muss sich dem Betroffenen geradezu aufdrängen,<sup>547</sup> sodass die Zweifel ein gewisses Gewicht haben müssen.

<sup>541</sup> BVerwGE 40, 212 (217); BVerwG, NJW 1964, 563.

<sup>542</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rn. 121.

<sup>543</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 79; ebenso Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG § 48 Rn. 162.

<sup>544</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 79.

<sup>545</sup> VGH Kassel, NVwZ 1990, 883 (885).

<sup>546</sup> OVG Münster, BeckRS 2015, 46572.

<sup>547</sup> Huck/Müller/Müller, § 48 VwVfG Rn. 35.

Über die Kenntnis der tatsächlichen Gegebenheiten hinaus ist von dem betroffenen Arzt also auch das Bewusstsein zu fordern, dass die Approbation rechtswidrig erteilt wurde. Das wäre beispielsweise zu bejahen, wenn der Arzt vor der Approbation unerkannt einen Mord begangen hat. Auch dem juristischen Laien muss bewusst sein, dass ihm die Approbation bei Bekanntwerden niemals verliehen würde. Dafür spricht schon, dass er im Rahmen des Antrags auf Approbation über anhängige Straf- oder Ermittlungsverfahren aufklären muss, § 39 Abs. 1 Nr. 5 ÄApprO. Die Kenntnis der Rechtswidrigkeit ist auch zu bejahen, wenn der Arzt erforderliche Unterlagen gefälscht hat oder bei der ärztlichen Prüfung betrogen hat. Ebenso, wenn er weiß, dass seine Ausbildung in wesentlichen Punkten nicht mit der deutschen Ausbildung gleichwertig ist.

Aufgrund der hohen Gefahren, die von einem nicht geeigneten Arzt ausgehen, müssen Behandelnde, die um ihre fehlende Eignung wissen, die volle Härte der Rücknahme zu spüren bekommen, um einen Präventionseffekt zu erzielen und ein solches Verhalten zu vermeiden. Das erscheint auch mit Blick auf das Berufsbild des Mediziners angemessen, das von einer altruistischen Grundeinstellung geprägt ist. Es muss daher auch im Interesse des Arztes liegen, dass er die für seinen Beruf erforderlichen Voraussetzungen erfüllt, um seine Patienten nicht zu gefährden. Diesem Berufsbild widerspricht es, wenn er die Gesundheit seiner Patienten bewusst einer Gefahr aussetzt, indem er sie trotz mangelnder Eignung behandelt. Gegenargumente, die die Entscheidung zugunsten des Bestandsschutzes nach sich ziehen würden, greifen in diesen Fällen nicht durch.<sup>548</sup> Die Kenntnis der Rechtswidrigkeit führt folglich in allen Fällen zu mangelnder Schutzwürdigkeit des Vertrauens.

Grob fahrlässige Unkenntnis liegt insbesondere vor, wenn der Behandelnde so gewichtigen Zweifel daran hat, als Arzt arbeiten zu dürfen, dass sich ihm die Rechtswidrigkeit seiner Approbation geradezu aufdrängen muss. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Arzt eine drittstaatliche Ausbildung abgeschlossen hat und diese in Deutschland anerkannt wurde. Bekommt er nur kurze Zeit später den Fall eines weiteren Antragsstellers aus demselben Drittstaat mit, bei dem die Gleichwertigkeit der Ausbildung abgelehnt wird, müssen Zweifel darüber bestehen, ob die eigene Approbation dann nicht auch rechtswidrig erfolgte. In diesem Fall ergibt sich die mangelnde Schutzwürdigkeit jedoch nicht zwangsläufig, weil auch ein Mitverschulden der Approbationsbehörde vorliegt. Trotzdem ist dem Behandelnden mit Blick auf das ärztliche Berufsethos zuzumuten, seine Bedenken gegenüber der Approbationsbehörde zumindest zu äußern und die Gleichwertigkeit noch einmal überprüfen zu lassen. Tut er dies nicht, ergibt die Abwägung aufgrund der Präventionswirkung ein Überwiegen des staatlichen Interesses an der Rücknahme *ex tunc*. Dafür spricht wieder die hohe Gefahr, die ansonsten von dem ungeeigneten Arzt ausgeht, sowie das ärztliche Berufsethos. Ferner ist auch zu berücksichtigen, dass sich der Behandelnde ansonsten

---

<sup>548</sup> Vgl. *Dickmann*, DÖV 1957, S. 278 (283); *Ossenbühl*, DÖV 1967, S. 246 (253).

allzu leicht auf eine fehlende Kenntnis berufen könnte. Die grob fahrlässige Unkenntnis dient insofern auch als Auffangtatbestand, wenn tatsächliche Kenntnis nicht einwandfrei nachgewiesen werden kann.<sup>549</sup>

(ccc) Manifestation des Vertrauens

Nach richtiger Auffassung ist die Manifestation des Vertrauens auf Ebene der Abwägung und nicht schon bei der subjektiven Komponente zu berücksichtigen.<sup>550</sup> Entscheidend kann daher auch sein, ob der Betroffene sein Vertrauen bereits ins Werk gesetzt hat.<sup>551</sup> Dabei ist der Begriff der Manifestation weit zu verstehen. Ausreichend ist jede im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsaktes vorgenommene vermögenswirksame Betätigung.<sup>552</sup> Eine Verfestigung liegt auch vor, wenn der Betroffene seine Lebensführung im Vertrauen auf den Verwaltungsakt eingerichtet hat. Das ist der Fall, wenn eine Rücknahme seine Existenzgrundlage erschüttern würde.<sup>553</sup> Ausfluss dieses Grundsatzes ist die Regelung in § 48 Abs. 2 S. 2 VwVfG, wonach das Vertrauen in der Regel schutzwürdig ist, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

Dieses Abwägungskriterium wird bei einem von der Rücknahme betroffenen Arzt immer vorliegen. Der Behandelnde hat aufgrund der erteilten Approbation Heilbehandlungen und also vermögenswerte Leistungen gegenüber den Patienten vorgenommen und damit zum Ausdruck gebracht, dass er auf das Vorliegen der Berufszulassung vertraut.<sup>554</sup> Darüber hinaus hat der Betroffene seinen Lebensstandard auf den Bestand der Approbation ausgerichtet. Ihr Verlust bedeutet für ihn auch den Verlust seiner Erwerbsgrundlage und wird seine finanzielle Lebensplanung regelmäßig erschüttern. Diese Manifestation des Vertrauens wirkt sich im Rahmen der Abwägung daher immer zugunsten des Bestandsinteresses aus.

(ddd) Folgen des Fortbestandes für die Allgemeinheit

Zu berücksichtigen sind auch die Auswirkungen einer etwaigen Nichtrücknahme auf die Allgemeinheit.<sup>555</sup>

An dieser Stelle wirkt sich allerdings die Besonderheit im ärztlichen Berufsrecht aus, dass der Vertrauensschutzgedanke erst im Rahmen des Auswählermessens zu berücksichtigen ist. Da die Approbation selbst bei schutzwürdigem Ver-

<sup>549</sup> In diese Richtung BeckOGK BGB/*Klinck*, § 932 Rn. 34.

<sup>550</sup> Siehe schon unter § 2 II. e. aa. (3) (a) (aa).

<sup>551</sup> *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 15.

<sup>552</sup> *Ossenbühl*, DÖV 1967, S. 246 (251).

<sup>553</sup> Siehe BVerwG, NJW 1960, 692 (693); NJW 1961, 1130 (1131).

<sup>554</sup> Vgl. BVerwGE 9, 251 (255).

<sup>555</sup> BVerwG, DVBl 1958, 654; ebenso *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511 (512); *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 38; Maurer/Waldhoff/*Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 38.

trauen mit Wirkung für die Zukunft entzogen wird, besteht für die Allgemeinheit nicht die Gefahr, dass der Betroffene weiterhin als Arzt arbeiten kann und somit potenzielle Patienten gefährdet. Auch das Ansehen der Ärzteschaft kann durch ihn zumindest in Zukunft nicht weiter geschmälert werden.

Andererseits ist der schon erwähnte Präventionsgedanke nicht zu vernachlässigen. Mit der Rücknahme für die Vergangenheit sind erhebliche Nachteile verbunden, die geeignet sind, andere Personen davon abzuhalten, eine Heilbehandlung in dem Wissen vorzunehmen, dass sie dazu nicht geeignet sind. Dies stellt einen Vorteil für die Allgemeinheit dar. Ist der Behandelnde folglich bösgläubig, spricht der Schutz der Allgemeinheit für die *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme.

#### (eee) Grad der Rechtswidrigkeit

Nicht zu vernachlässigen ist darüber hinaus der Grad der Rechtswidrigkeit.<sup>556</sup> So ist formellen Fehlern im Rahmen der Erteilung des Verwaltungsaktes ein geringeres Gewicht beizumessen als materiellen Fehlern. Das wird an der Regelung in § 46 VwVfG deutlich, wonach ein formell rechtswidriger Verwaltungsakt nur unter bestimmten Voraussetzungen aufgehoben werden kann. Der Vertrauensschutz darf nicht hinter bloßem Formalismus zurückstehen.

Die Rechtswidrigkeit der Approbation ist in jedem Fall ausgesprochen gewichtig; die Rücknahmegründe beschreiben allesamt Konstellationen, in denen es dem Arzt an Voraussetzungen mangelt, die für die ärztliche Berufsausübung von elementarer Bedeutung sind. Das hohe Gewicht der Rechtswidrigkeit spricht gegen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens.

#### (fff) Zeitraum

Auch der Zeitraum, der vom Zeitpunkt des Erlasses bis zur Erkenntnis der Rechtswidrigkeit vergeht, kann zu einem Überwiegen des Bestandsinteresses führen.<sup>557</sup> Je länger die Approbation besteht, desto gewichtiger wird das Bestandsinteresse des Behandelnden, weil er sich auf den Fortbestand der Erlaubnis und der damit verbundenen Einkünfte einstellt und sein Leben danach ausrichtet.

Dieser Abwägungspunkt ist insbesondere deshalb wichtig, weil es – wie noch zu zeigen sein wird – für die Approbationsrücknahme keine zeitliche Grenze gibt.<sup>558</sup> So kann ein eklatant langer Zeitraum, beispielsweise von mehreren Jahr-

<sup>556</sup> Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 38; Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 38.

<sup>557</sup> BVerwG, BeckRS 1976, 31284161; OVG Münster NVwZ-RR 2013, 250, 252 (nach 52 Jahren); Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 71; Hauwisen, DVBl. 1957, S. 506 (508) als Anmerkung zu OVG Berlin, Urteil vom 14.11.1956 – VII B 12/56; Ossenbühl, DÖV 1967, S. 246 (252); Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 15; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 326; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rn. 203.

<sup>558</sup> Siehe unter § 2 III. 4.



zehnten, im Rahmen der Abwägung für das Bestandsinteresse des Arztes ins Gewicht fallen.

(ggg) Alter des Arztes

Ferner kann das Alter des Adressaten der Rücknahme relevant werden. Ist er bereits sehr betagt, kann dies im Rahmen des Bestandsinteresses berücksichtigt werden.<sup>559</sup>

Der Arzt wird seine ärztliche Tätigkeit regelmäßig zur Grundlage seines Erwerbslebens gemacht haben. Die mit der *Ex tunc*-Wirkung verbundenen Rückforderungsansprüche könnten ihn auf einen Schlag mittellos stellen, ohne dass er im betagten Alter noch die Möglichkeit hätte, anderweitig Geld zu verdienen. Daher kann auch das hohe Alter des Betroffenen für ein Überwiegen des Bestandsschutzes streiten.

(hhh) Verwaltungsverfahren

Dem Bestandsinteresse des Betroffenen kommt ferner ein erhöhtes Gewicht zu, wenn der Verwaltungsakt in einem förmlichen Verfahren zustande kam.<sup>560</sup> Daneben spielt auch die Art der entscheidenden Behörde eine Rolle. Wurde der Verwaltungsakt von einem Ministerium oder einer obersten Bundes- oder Landesbehörde erlassen, kann auf Grund der hohen Qualifikation der Beamten eher auf die Richtigkeit der Entscheidung vertraut werden als im Falle einer unteren Behörde.<sup>561</sup>

Die umfassenden Prüfpflichten der Approbationsbehörde haben also zur Folge, dass sich der Betroffene bis zu einem gewissen Grad auf die Entscheidung verlassen darf. Die Durchführung eines förmlichen Verwaltungsverfahrens spricht daher grundsätzlich dafür, dem Betroffenen Bestandsschutz zu gewähren.

(iii) Vertrauensbeziehung und ärztliches Selbstverständnis

Schließlich kann auch das jeweilige Rechtsgebiet einen Anhaltspunkt für die Abwägungsentscheidung liefern. So kann im Beamtenrecht die Treuepflicht des Beamten zu der Verpflichtung führen, dass der Beamte die Höhe seiner Bezüge überprüfen muss und auf Überzahlungen zu achten hat.<sup>562</sup>

In diese Richtung ließe sich auch mit Blick auf die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient sowie das ärztliche Selbstverständnis argumentieren. Beide erfordern, dass der Arzt sich nicht selbst überschätzt, sondern darüber

---

<sup>559</sup> BVerwG, NJW 1962, 360 f.

<sup>560</sup> Ossenbühl, DÖV 1967, S. 246 (252); Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S. 326; Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 11, Rn. 38; Wolff/Bachoff/Stober, VerwR I, 10. Auflage, S. 748; ähnlich auch BVerwGE 9, 251 (254).

<sup>561</sup> Ossenbühl, DÖV 1967, S. 246 (252); Hauelsen, DVBl. 1957, S. 506 (507); Hauelsen, NJW 1958, S. 1661 (1663).

<sup>562</sup> BVerwG, NJW 1960, 258 (260).

reflektiert, inwieweit er zu bestimmten Eingriffen in der Lage ist und den Patienten gegebenenfalls an einen Kollegen verweist, wenn die Behandlung seine Fähigkeiten übersteigt. Nimmt der Arzt die Behandlung trotz mangelnder Fähigkeiten vor, ergibt sich daraus beispielsweise ein Schadensersatzanspruch, weil dem Behandelnden die Übernahme des Heileingriffs vorwerfbar ist.<sup>563</sup> Daher wird man auch erwarten können, dass ein Arzt sich generell Gedanken um seine persönliche Eignung zum Arztberuf macht und dahingehende Zweifel überprüft. Hat er beispielsweise seine Ausbildung in einem Drittstaat genossen und wird ihm vor oder während seiner praktischen Tätigkeit in Deutschland klar, dass er bezüglich gewisser Teilbereiche offenbar eine unzulängliche Ausbildung genossen hat, so kann von ihm erwartet werden, dass er die Approbationsbehörde hierüber informiert, anstatt die Defizite zu verschweigen und seine Patienten somit einem Risiko auszusetzen. Das gilt sogar schon, wenn ihm seine mangelnde Eignung zwar nicht bewusst ist, sie aber derartig offenkundig ist, dass sie ihm gewahr werden muss. Gefordert wird ja gerade eine Selbstreflexion über die eigenen Fähigkeiten, an der es in diesem Fall offenkundig fehlt.

#### (cc) Zwischenergebnis

Der Vertrauensschutzgrundsatz erfordert zunächst ein staatliches Verhalten, auf dem das Vertrauen fußt. Diese Grundlage liegt in der Erteilung der Approbation durch die Approbationsbehörde. Daneben ist erforderlich, dass der Arzt auf die Approbation vertraut hat (subjektives Element) und dieses Vertrauen schutzwürdig ist (objektives Element). Das subjektive Element ist bereits erfüllt, wenn der Arzt Kenntnis von der Approbation hatte. Problematisch ist lediglich, ob dieses Vertrauen auch schutzwürdig war. Hierzu ist eine Abwägung vorzunehmen, wobei auf eine Reihe von Anhaltspunkten rekurriert werden kann: Gegen die Schutzwürdigkeit des Behandelnden spricht es zunächst, wenn er die Rechtswidrigkeit der Approbation zu verantworten hat. Das ist beispielsweise der Fall, wenn er Angaben gegenüber der Approbationsbehörde gemacht hat, die in einer wesentlichen Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Zu berücksichtigen ist allerdings ebenfalls, ob auch die Behörde die Rechtswidrigkeit zu verantworten hat, weil sie die Angaben nur unzureichend überprüft hat. Ein solches Mitverschulden spricht wiederum für die Schutzwürdigkeit des Behandelnden.

Für die Schutzwürdigkeit spricht daneben in jedem Fall die Manifestation des Vertrauens, die in der Vornahme vermögenswerter Leistungen gegenüber dem Patienten und der Einstellung der privaten Lebensverhältnisse auf die ärztliche Tätigkeit als Erwerbsgrundlage zu erblicken ist.

Auch die Folgen des Fortbestandes des Verwaltungsaktes für die Allgemeinheit sind zu berücksichtigen. Die Rücknahme *ex nunc* ist für die Allgemeinheit nicht mit Nachteilen verbunden, wenn der Arzt gutgläubig war. In diesem Fall spricht dieser Gesichtspunkt für die Schutzwürdigkeit des Vertrauens. War der

---

<sup>563</sup> BGH, VersR 1966, 853; ebenso BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 795.

Behandelnde dagegen bösgläubig, ergibt sich aus der Präventionswirkung der *Ex tunc*-Rücknahme ein Vorteil für die Allgemeinheit, was gegen die Schutzwürdigkeit des Vertrauens spricht.

Gegen die Schutzwürdigkeit spricht ferner der hohe Grad der Rechtswidrigkeit, welcher der rechtswidrigen Approbationserteilung zukommt. Die Rechtswidrigkeit beruht nicht nur auf einem formellen Fehler, sondern ergibt sich aus der mangelnden Eignung des Arztes.

Für die Schutzwürdigkeit sprechen dagegen ein besonders langer Zeitraum, der nach der Approbationserteilung vergangen ist, sowie ein besonders hohes Alter des Betroffenen.

Außerdem kann zugunsten der Schutzwürdigkeit vorgebracht werden, dass der Approbation ein förmliches Verwaltungsverfahren durch eine Landesbehörde vorausgeht, sodass der Arzt bis zu einem gewissen Grad auf die Entscheidung vertrauen darf.

Darüber hinaus ist auch die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient sowie das ärztliche Selbstverständnis zu berücksichtigen. Beide haben zur Folge, dass von einem Arzt verlangt werden kann, eine Selbstreflexion über seine eigenen Fähigkeiten vorzunehmen und die Approbationsbehörde zu informieren, wenn ihm Zweifel über seine persönliche Eignung kommen. Behält er diese Zweifel für sich, spricht das gegen die Schutzwürdigkeit seines Vertrauens auf den Bestand der Approbation.

Festzuhalten ist schließlich, dass das Vertrauen des Arztes aus Gründen der Prävention in jedem Fall nicht schutzwürdig ist, wenn er Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit der Approbationserteilung hatte.

#### (b) Rechtsfolgen schutzwürdigen Vertrauens: Bestandsschutz oder Vermögensschutz?

Ist einmal geklärt, dass das Bestandsinteresse das staatliche Rücknahmeinteresse überwiegt und damit das Vertrauen des Betroffenen schutzwürdig ist, stellt sich die Frage nach der Ausgestaltung des Vertrauensschutzes. Schon die Betrachtung des § 48 Abs. 3 VwVfG im Rahmen der systematischen Auslegung hat aufgezeigt, dass sich die Rechtsfolgen schutzwürdigen Vertrauens nicht allein auf eine „Alles oder Nichts“-Entscheidung zwischen dem Fortbestand des Verwaltungsaktes und der Rücknahme (sei es mit *ex tunc*- oder *ex nunc*-Wirkung) bzw. Teilrücknahme beschränken.<sup>564</sup> Neben der Gewährleistung von Vertrauensschutz durch Bestandsschutz kommt eine solche nämlich auch durch Vermögensschutz in Betracht.<sup>565</sup>

---

<sup>564</sup> Siehe unter § 2 II. 2. b. gg.

<sup>565</sup> Maurer, HStR IV, § 79 Rn. 94; kritisch: Preuß, JA 1977, S. 265 (319).

Diese Möglichkeit klang bereits in der grundsätzlichen Diskussion um die Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten im allgemeinen Verwaltungsrecht an<sup>566</sup> und hat in § 48 Abs. 3 VwVfG eine Kodifizierung erfahren.

Hintergrund der Differenzierung in § 48 Abs. 2 und 3 VwVfG ist die Tatsache, dass die Rücknahme nach Abs. 2 nur aus fiskalischen Interessen erfolgt, während bei Verwaltungsakten außerhalb der Leistungsverwaltung deutlich gewichtigere Interessen bestehen können, den Verwaltungsakt aufzuheben.<sup>567</sup> Diese gewichtigeren Interessen haben zur Folge, dass schutzwürdiges Vertrauen in der Regel nicht zum Fortbestand des Verwaltungsaktes führen kann. Dann soll aber wenigstens ein Ausgleich des Vertrauensschadens erfolgen.

Wichtig ist die Feststellung, dass die Einordnung des Ausgangsverwaltungsaktes unter die „sonstigen Verwaltungsakte“ im Sinne des § 48 Abs. 3 VwVfG nicht zur Folge hat, dass Vertrauensschutz in Form von Bestandsschutz keinesfalls gewährt werden kann. Vielmehr ist schutzwürdiges Vertrauen schon bei der Rücknahmeentscheidung nach § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG zu berücksichtigen.<sup>568</sup> Bestandsschutz ist daher auch möglich, wenn es sich bei dem zurückzunehmenden Verwaltungsakt nicht um einen Leistungsbescheid handelt, sondern beispielsweise um eine staatliche Genehmigung wie die ärztliche Approbation. Der Gesetzgeber hat mit § 48 Abs. 3 VwVfG jedoch eine Grundsatzentscheidung getroffen, nach der bei sonstigen Verwaltungsakten, die keinen Leistungsbescheid darstellen, grundsätzlich nur Vertrauensschutz durch Vermögensschutz verwirklicht werden soll. Nur wo dies zu untragbaren Ergebnissen führen würde, kommt Bestandsschutz in Betracht.<sup>569</sup>

Fraglich ist nun also, welches Vertrauensschutz-Modell bei der Approbationsrücknahme zu wählen ist.

#### (aa) Lösungsansatz 1: Bestandsschutz-Modell

Die erste Lösungsmöglichkeit entspricht im Grundsatz dem Bestandsschutz-Modell, wie es auch in § 48 Abs. 2 VwVfG vorgesehen ist. Danach wird der betreffende Verwaltungsakt im Falle schutzwürdigen Vertrauens nicht zurückgenommen, sondern bleibt bestehen.

Allerdings besteht bei der Approbationsrücknahme die Besonderheit, dass die Verwirklichung von Vertrauensschutz durch Bestandsschutz nur eingeschränkt möglich ist. Die Approbation kann allenfalls für die Vergangenheit fortbestehen,

<sup>566</sup> *Bachof*, JZ 1962, S. 745 (750 f.); *Baur*, JZ 1963, S. 41 (46); *Becker*, DÖV 1963, S. 459 (466); *Becker/Lubmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 119; *Lenz*, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S. 32; *Püttner*, VVDStRL 1974, S. 200 (217 ff.); *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 467.

<sup>567</sup> Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 71; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, S. 180; *Becker*, DÖV 1973, S. 380 (389); *Lange*, WiVerw 1979, S. 15 (16); *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 48 Rn. 84; auch *Maurer*, FS Boorberg Verlag, S. 223 (238 ff.).

<sup>568</sup> Siehe Fn. 438

<sup>569</sup> *Bullinger*, JZ 1999, S. 905 (912 f.).

weil ihre Fortgeltung für die Zukunft nichts anderes bedeutet, als dass ein ungeeigneter Arzt weiterhin die staatliche Erlaubnis zur ärztlichen Heilbehandlung innehat. Das ist mit dem Ziel des Gesundheitsschutzes nicht vereinbar.<sup>570</sup> Bestandsschutz kommt als von vornherein nur für die Vergangenheit in Betracht. Die Approbationsrücknahme *ex nunc* ist zwingend erforderlich.

Dem Behandelnden können durch den Fortbestand der Approbation für die Vergangenheit keine Nachteile durch Rückforderungsansprüche der Patienten oder anderer Vertragspartner entstehen, weil sich für die Vergangenheit nichts an der Arzteigenschaft des Behandelnden ändert. Folglich kommen auch etwaige Rückforderungsansprüche der Vertragspartner, die an die fehlende Arzteigenschaft anknüpfen, nicht in Betracht.<sup>571</sup>

Denkbar sind aber frustrierte Aufwendungen durch die Rücknahme für die Zukunft, beispielsweise weil der Behandelnde in die Praxiseinrichtung investiert hat, welche sich nun nicht mehr amortisieren kann. Er erhält hierfür aber im Gegensatz zu dem sogleich folgenden Lösungsansatz keine Entschädigung. Ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat auf Grundlage eines Fehlers der Approbationsbehörde könnte sich zwar aus Amtshaftung ergeben, allerdings dürfte der erforderliche Verschuldensnachweis nur ausnahmsweise gelingen.<sup>572</sup>

Kurzgesagt: Nach diesem Lösungsansatz bestünde Bestandsschutz für die Vergangenheit, nicht aber für die Zukunft.

#### (bb) Lösungsansatz 2: Vermögensschutz-Modell

Die zweite Variante besteht in der Möglichkeit Vertrauensschutz durch Vermögensschutz zu verwirklichen. *Eichelberger* hat für den Fall der Rücknahme einer Approbation nach § 3 PsychThG bereits den Gedanken geäußert, es komme im Falle schutzwürdigen Vertrauens ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens nach § 48 Abs. 3 VwVfG in Betracht.<sup>573</sup> Dieser Ansatz könnte auch für den Fall der Approbationsrücknahme nach der Bundesärzteordnung eine mögliche Lösung darstellen: Zunächst erfolgt die Rücknahme nach diesem Modell mit *Ex tunc*-Wirkung, sodass die Approbation mit Wirkung für die Vergangenheit und Zukunft entzogen wird. Dem Betroffenen könnten dadurch Nachteile, beispielsweise in Form von etwaigen Rückforderungsansprüche seiner Vertragspartner, entstehen.<sup>574</sup> Hinzu kommen die genannten möglichen frustrierten Aufwendungen.

Der Vertrauensschutz wirkt sich nun dergestalt aus, dass dem schutzwürdig vertrauenden Behandelnden ein Ausgleichsanspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens gegenüber der Approbationsbehörde eingeräumt wird. Ersetzt wird das

---

<sup>570</sup> Siehe schon unter § 2 II. 1. a.

<sup>571</sup> Ausführlich hierzu in dem zweiten Kapitel dieser Arbeit.

<sup>572</sup> Vgl. *Becker/Lubmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 117.

<sup>573</sup> Siehe hierzu unter § 2 II. 2. b. dd.

<sup>574</sup> Der Rückabwicklung der vertraglichen Beziehungen des Behandelnden ist das zweite Kapitel dieser Arbeit gewidmet.

negative Interesse: Der Betroffene ist so zu stellen, als wäre ihm die Approbation nie erteilt worden.<sup>575</sup> Dieser Anspruch ist durch das positive Interesse der Höhe nach gedeckelt, sodass er keinesfalls besser stehen kann, als wenn die Rücknahme unterblieben wäre.

Wäre der Behandelnde niemals approbiert worden, hätte er die Verträge mit seinen Patienten und den übrigen Vertragspartnern nicht abgeschlossen und sähe sich nunmehr auch keinen Ansprüchen seiner Vertragspartner ausgesetzt. Es liegt mithin ein Vertrauensschaden in Höhe dieser Ansprüche vor. Daneben hätte er auch die Investitionen in das Praxisinventar nicht vorgenommen, sodass diese ebenfalls ersatzfähig sind.

Letzterer Umstand macht die Lösung für den Behandelnden vorteilhafter als das Bestandsschutzmodell. Ansonsten unterscheiden sich die Ansätze nicht, weil nach beiden Modellen ein vollständiger Ausschluss der Rücknahme – auch für die Zukunft – aus Gründen des Patientenschutzes ausscheidet.<sup>576</sup>

#### (cc) Folgeprobleme bei Vermögensschutz-Modell

Mit dieser Lösung sind jedoch Folgeprobleme verbunden: Zunächst dürfte die Berechnung des negativen Interesses Schwierigkeiten bereiten. Denn die Vertragspartner des Behandelnden könnten auch noch nach Jahren<sup>577</sup> Rückforderungsansprüche stellen, sodass die Höhe des Vertrauensschadens zum Zeitpunkt der Rücknahme noch gar nicht feststeht. Ein genaues Erfassen des Vertrauensschadens, wie es auch die Befürworter dieser Lösung in der ursprünglichen Diskussion im allgemeinen Verwaltungsrecht verlangten,<sup>578</sup> ist bei der Approbationsrücknahme gar nicht möglich.

Ein weiteres Problem stellt die praktische Frage der Berechnung dar. Dazu müsste der Behandelnde gegenüber der Rücknahmebehörde die Daten seiner Patienten offenlegen, was mit dem Arztgeheimnis nur schwer vereinbar wäre.

Darüber hinaus ist das Vertrauen in den Fortbestand der Approbation nicht ausschließlich in Geld zu messen.<sup>579</sup> Ihr kommt als Grundlage der beruflichen Betätigung und damit der Selbstverwirklichung auch ein gewisser immaterieller Wert zu.<sup>580</sup> Mit anderen Worten: Für das persönliche Selbstverständnis des Betroffenen kann es durchaus von Relevanz sein, ob seine beruflichen Leistungen

<sup>575</sup> Vgl. BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 96.

<sup>576</sup> Diese Möglichkeit wird offenbar auch in BVerwG, NJW 1993, 3005 in Betracht gezogen: „*Enttäushtes Vertrauen würde im Übrigen allenfalls Entschädigungsansprüche auslösen, aber keinen Anspruch auf Approbation begründen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind.*“ Woraus genau sich der Entschädigungsanspruch aber ergeben soll, wird in der Entscheidung nicht deutlich.

<sup>577</sup> Zur Verjährung der Ansprüche siehe § 8 IV.

<sup>578</sup> Becker/Lubmann, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S. 119.

<sup>579</sup> Püttner, VVDStRL 1974, S. 200 (218).

<sup>580</sup> Vgl. Maurer, FS Boorberg Verlag, S. 223 (242); deutlicher auch Kisker, VVDStRL 1974, S. 149 (181 f.).

und insbesondere Erfolge rückblickend behandelt werden, als hätten sie nie existiert.

Problematisch erscheint ferner, das Vermögensschutzmodell in die Dogmatik des § 5 BÄO zu integrieren. Der Vorschlag *Eichelbergers*, auf § 48 Abs. 3 VwVfG zurückzugreifen, ist hierbei kein gangbarer Weg. Dessen Anwendung ist im ärztlichen Berufsrecht aufgrund des abschließenden Charakters von § 5 BÄO ausgeschlossen.<sup>581</sup>

In Betracht kommt aber eine verfassungskonforme Auslegung des Rücknahmebegriffs unter Berücksichtigung von Art. 14 Abs. 1 GG: Die Rücknahme der Approbation könnte als enteignender Eingriff zu qualifizieren sein, sodass ein Entschädigungsanspruch entstünde.<sup>582</sup> Dafür müsste die Rücknahme der Approbation aber einen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG darstellen.<sup>583</sup> Wie bereits aufgezeigt wurde, ist das aber gerade nicht der Fall,<sup>584</sup> sodass es schon an der erforderlichen Grundlage für einen solchen Ersatzanspruch fehlt.

Ferner bedarf es einer ausdrücklichen Regelung, um diesen Weg des Vertrauensschutzes durch Vermögensschutz zu beschreiten.<sup>585</sup> Da eine solche in § 5 BÄO aber gerade nicht geregelt ist, kann ein Anspruch nur mit Hilfe einer richterlichen Rechtsfortbildung geschaffen werden. Eine solche würde aber mit Blick auf Art. 20 Abs. 2 und Abs. 3 GG eine Gesetzeslücke voraussetzen.<sup>586</sup> Die Rechtsfolge der Approbationsrücknahme ist jedoch an sich nicht lückenhaft. Die Approbation ist bei Vorliegen der Voraussetzungen aufzuheben. Die Rechtsfolge ist lediglich bei der Frage der zeitlichen Wirkung auslegungsbedürftig, was aber keinesfalls mit einer Gesetzeslücke gleichgestellt werden kann. Andernfalls könnte man in jedem auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff eine Gesetzeslücke erblicken, sodass eine Fortbildung des Rechts immer zulässig wäre.

Von dem Erfordernis einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung ging auch der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes aus. Seiner Auffassung nach war die Regelung in § 48 Abs. 3 VwVfG „*notwendig, um neue Wege zur Lösung der aufgeworfenen Probleme freizumachen, die für die Gerichte nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht gangbar sind*“<sup>587</sup>. Für eine abgestufte Lösung im Sinne des § 48 Abs. 3 VwVfG habe es an einer Rechtsgrundlage gefehlt.<sup>588</sup> Ebenso argumentierte *Kimminich* im Vorfeld der Einführung von § 48 Abs. 3 VwVfG: Eine Entschädigung könne „*nur auf gesetzlichem Wege eingeführt werden; denn weder der Vertrauensschutz noch die Regeln über*

---

<sup>581</sup> BT-Drucks. 3/2810 S. 2; BVerwGE, 105, 214 (218 f.).

<sup>582</sup> *Kopp*, GewArch 1986, S. 177 (179).

<sup>583</sup> *Kopp*, GewArch 1986, S. 177 (179); dagegen: VGH Kassel, NVwZ 1986, 58.

<sup>584</sup> Siehe Fn. 445.

<sup>585</sup> Vgl. für die Schaffung eines solchen Schadensersatzanspruchs im Zivilrecht: *Classen*, JZ 2003, S. 693 (700 f.).

<sup>586</sup> *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, S. 504 (508); *Classen*, JZ 2003, S. 693; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 4 Rn. 73 ff.

<sup>587</sup> So die Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 67.

<sup>588</sup> Ebd.

die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung können eine solche Entschädigungspflicht unmittelbar begründen.“<sup>589</sup>

Ebenso vertrat *Kisker*<sup>590</sup> die Auffassung, für einen Entschädigungsanspruch werde man nicht „auf die Mitwirkung des Gesetzgebers“ verzichten können. Einen Ausgleichsanspruch analog zu § 122 BGB lehnte er ab, weil eine solche Auslegung die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung erreichen würde.

*Lange*<sup>591</sup> spricht von einer Lösung, die die Literatur „mit einer begründeten Scheu vor einer Überforderung richterlicher Rechtsfortbildung nicht allein aus den verfassungsrechtlichen Aufhängern des Vertrauensschutzes abzuleiten wagte[n]“. Den ablehnenden Stimmen in der Literatur kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes nicht nur aus sich heraus Bedeutung für die zu beantwortende Frage zu; vielmehr führt es fehlende Zustimmung der Literatur insgesamt als Indiz gegen die Zulässigkeit einer richterlichen Rechtsfortbildung auf.<sup>592</sup>

Schließlich würde eine solche Lösung zu erheblichen Kosten führen, wohingegen nach der Bestandsschutzlösung keine zusätzlichen Kosten für den Staat entstünden.

Im Ergebnis ist der Gedanke des Vertrauensschutzes durch Vermögensschutz für den Fall der Approbationsrücknahme daher zu verwerfen.

#### (dd) Lösungsansatz 3: Kombinierte Lösung

Ein weiteres denkbare Modell entspricht dem Bestandsschutz-Modell, wobei für die vergeblichen Aufwendungen durch fehlende Amortisierung ein Anspruch aus § 48 Abs. 3 VwVfG analog zu erwägen ist. Die Berechnung dieser Aufwendungen ist unproblematisch möglich, sodass dieser Ansatz den Vorteil des Vermögensschutzes mit dem Bestandsschutz verbinden würde. Allerdings würde eine analoge Anwendung des § 48 Abs. 3 VwVfG den abschließenden Charakter des § 5 BÄO unterlaufen und ist daher ebenfalls auszuschließen.<sup>593</sup> Außerdem mangelt es an einer planwidrigen Regelungslücke.

#### (ff) Zwischenergebnis

Es lässt sich mithin festhalten, dass der Vertrauensschutzgrundsatz im Rahmen des Auswahlermessens mit Hilfe des Bestandsschutz-Modells zu verwirklichen ist. Vertrauensschutz durch Vermögensschutz kommt bei der Approbationsrücknahme nicht in Betracht. Auch eine kombinierte Lösung unter analoger Anwendung des § 48 Abs. 3 VwVfG scheidet aus.

<sup>589</sup> *Kimminich*, JuS 1965, S. 249 (257); a.A. *Ossenbühl*, DÖV 1964, S. 511 (521).

<sup>590</sup> *Kisker*, VVDStRL 1974, S. 149 (187).

<sup>591</sup> *Lange*, JURA 1980, S. 456 (457).

<sup>592</sup> BVerfGE 49, 304 (321 f.); 65, 182 (195).

<sup>593</sup> BT-Drucks. 3/2810 S. 2; BVerwG, NJW 1998, 2756 (2757).



(c) Zwischenergebnis der Anwendung des Vertrauensschutzgrundsatzes bei der Approbationsrücknahme

Die Ausführungen haben gezeigt, dass im Rahmen des Auswahlermessens über die zeitliche Wirkung der Approbationsrücknahme der Vertrauensschutzgrundsatz zu beachten ist. Seine Verwirklichung erfolgt nach dem ursprünglichen, eingeschränkten Bestandsschutz-Modell. Daher ist folgendes Ergebnis zu formulieren:

*Durfte der Behandelnde schutzwürdig auf den Bestand der Approbation vertrauen, ist diese lediglich mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen, während im Falle mangelnder Schutzwürdigkeit allein die Rücknahme mit Ex tunc-Wirkung ermessensfehlerfrei ist.*

(4) Praktische Auswirkungen der Anwendung des Vertrauensschutzgedankens auf die einzelnen Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 BÄO

Es bleibt schließlich zu klären, inwieweit sich der Vertrauensschutzgedanke bei den einzelnen Rücknahmegründen des § 5 BÄO auswirken kann. Hintergrund ist die praktische Bedeutung von Vertrauensschutz bei der Approbationsrücknahme.

Dazu ist der Blick zunächst auf die obligatorischen Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO zu richten. Zwar hat die Behörde kein Entschließungsermessen über das „Ob“ der Rücknahme. Ihr verbleibt nach hier vertretener Auffassung allerdings noch ein Auswahlermessen. Grundsätzlich könnten Vertrauensschutzgesichtspunkte daher auch bei den obligatorischen Rücknahmegründen zu einer Rücknahme nur mit Wirkung für die Zukunft führen. Dazu müssten allerdings Fälle denkbar sein, in denen der Betroffene schutzwürdig auf den Fortbestand seiner Approbation vertraut hat.

(a) § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO

Nach § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BÄO ist die Approbation zurückzunehmen, wenn der Behandelnde entweder die ärztliche Prüfung in Deutschland nicht bestanden hat oder sein Studium der Medizin an einer wissenschaftlichen Hochschule nicht die notwendigen Anforderungen erfüllt.

(aa) Nichtbestandene Prüfung

Der Rücknahme der Approbation wegen der nicht bestandenen Prüfung wird häufig eine Täuschung zugrunde liegen, in deren Folge die Prüfung nachträglich als nicht bestanden gewertet wurde. Denkbar ist auch, dass der Behandelnde seine Prüfungszeugnisse gefälscht oder anderweitig erschlichen hat. In diesen Fällen liegt die Rechtswidrigkeit der Approbationserteilung zunächst allein in seinem Verantwortungsbereich, sodass schon dieses Kriterium gewichtig gegen den Bestandsschutz ins Feld geführt werden kann. Darüber hinaus ist dem Betroffenen im Falle der Täuschung oder Erschleichung von Anfang an bewusst, dass seine berufsrechtliche Zulassung auf „Sand gebaut ist“. Selbst wenn auf der anderen Seite gewichtige Punkte, wie ein hohes Alter oder ein großer zeitliche Abstand zu der Approbationserteilung, für den Bestand der Approbation in der Vergangen-

heit streiten, muss das Rücknahmeinteresse stets überwiegen. Schutzwürdiges Vertrauen kann in solchen Fällen eines bösgläubigen Behandelnden nicht bestehen.

Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen die Approbationserteilung trotz nicht bestandener Prüfung nicht in den Verantwortungsbereich des Betroffenen fällt. Möglich wären Fehler bei der Bewertung durch das Prüfungsamt oder anderweitige Irrtümer der Approbationsbehörde außerhalb der Sphäre des Betroffenen. In diesen Fällen wird man auch selten von einer grob fahrlässigen Unkenntnis der Rechtswidrigkeit ausgehen können. Der Arzt darf sich zunächst darauf verlassen, dass dem Prüfungsamt keine Fehler bei der Bewertung seiner Leistung unterlaufen. Das gilt jedenfalls so lange, wie keine offensichtlichen Anhaltspunkte für eine falsche Bewertung vorliegen. Erkennt der Betroffene dagegen, dass die Bewertung fehlerhaft sein muss, ist von ihm auch mit Blick auf das ärztliche Berufsbild und die Vertrauensbeziehung zu seinen Patienten zu erwarten, dass er dem nachgeht und seine Bedenken mitteilt. Tut er dies nicht, ist von grob fahrlässiger Unkenntnis und also Bösgläubigkeit des Behandelnden auszugehen, sodass schutzwürdiges Vertrauen nicht in Betracht kommt. Die Rücknahme müsste dann mit *Ex tunc*-Wirkung erfolgen.

War der Arzt dagegen gutgläubig, führt dies in Verbindung mit der Tatsache, dass er seine Lebensführung am Bestand der Approbation ausgerichtet hat, zu einem Überwiegen des Bestandsinteresses. Die materielle Rechtswidrigkeit der Approbation sowie der Schutz der Allgemeinheit, der ohnehin auch durch den Entzug der Approbation *ex nunc* erreicht würde, vermögen an diesem Ergebnis nichts zu ändern.

Allerdings werden Bewertungsfehler nur ausnahmsweise auftreten. Die schriftlichen Prüfungen im Medizinstudium erfolgen im *Multiple-Choice*-Verfahren und werden elektronisch ausgewertet.<sup>594</sup> Fehlerhafte Bewertungen werden hierbei wenn überhaupt nur äußerst selten vorkommen, auch wenn menschliches Versagen nie völlig ausgeschlossen ist. Ohnehin werden sie auch kaum aufgedeckt werden, weil grundsätzlich für keinen Beteiligten Anlass besteht, positive Prüfungsergebnisse zu hinterfragen.

#### (bb) Medizinstudium genügt nicht den Anforderungen

Auch in Fällen, in denen das Medizinstudium nicht den notwendigen Anforderungen genügt und die Approbationsbehörde dies verkennt, entstammt der Grund für die Rechtswidrigkeit nicht der Sphäre des Arztes. Vielmehr fällt es in den Verantwortungsbereich der Approbationsbehörde, wenn korrekte Unterlagen vorgelegt werden, sie aber grundsätzliche Mängel an der bescheinigten Ausbildung nicht erkennt.

---

<sup>594</sup> Siehe beispielsweise die Angaben der Universitätsmedizin Göttingen unter <https://www.umg.eu/studium-lehre/studieren-an-der-umg/studiengaenge/humanmedizin/staatliche-pruefungen/1-abschnitt-muendlichschriftlich/> [zuletzt abgerufen am 27.10.2021]

Eine grob fahrlässige Unkenntnis, geschweige denn Kenntnis, von der Rechtswidrigkeit wird man dem Arzt regelmäßig nicht attestieren können. Zwar kann von einem Mediziner erwartet werden, dass er sich im Voraus über seine Ausbildung informiert und ihm gewichtige Abweichungen von dem regelmäßigen Ausbildungsverlauf auffallen. Andererseits darf sich der Betroffene auf das Urteil der Approbationsbehörde verlassen, die das Vorliegen der Voraussetzung ebenfalls prüft. Von dem Bewerber kann mit Blick auf die Anforderungen an das Studium jedenfalls nicht mehr Sorgfalt verlangt werden als von der Approbationsbehörde als Landesbehörde.<sup>595</sup> Im Zweifel wird der jeweilige Sachbearbeiter hinsichtlich der Ausbildungsmodalitäten eine größere Expertise haben als der Bewerber.

Etwas anderes gilt allerdings, sobald dem Arzt im Rahmen seiner praktischen Tätigkeit Zweifel über seine Eignung kommen, etwa weil ihm eine in Deutschland übliche Operationstechnik unbekannt ist, oder er hinsichtlich häufig vorkommender Krankheitsbilder wiederholt mangelnde eigene Expertise feststellt. In diesem Fall hat er der Approbationsbehörde derartige Zweifel mitzuteilen. Tut er dies nicht, liegt grob fahrlässige Unkenntnis vor, sodass sein Vertrauen in den Bestand der Approbation nicht schutzwürdig ist.<sup>596</sup>

Auch in diesem Fall tritt neben den Sphärengedanken das Kriterium der Manifestation des Vertrauens. Zwar ist auch hier die materielle Rechtswidrigkeit der Approbation sowie der Schutz der Allgemeinheit zu berücksichtigen. An dem Überwiegen des Bestandsinteresses ändert dies aber nichts, sodass das Vertrauen des Arztes schutzwürdig ist.

Zu dieser Fallgruppe gehört auch die Problematik der *Franchising*-Modelle. Sollte sich letztlich herausstellen, dass die jeweilige Ausbildung nicht den europäischen Anforderungen genügt, liegt die Rechtswidrigkeit der Approbation ebenfalls nicht im Verantwortungsbereich der Absolventen. Auch grob fahrlässige Unkenntnis wird man ihnen nicht vorwerfen können, weil die Rechtslage zu dieser Frage unklar ist. Allerdings kann man auch der Approbationsbehörde in diesem Fall keinen Vorwurf machen, weil die Unklarheiten natürlich auch für diese bestanden. Trotzdem würde eine Abwägung auf Ebene des Auswahlermessens zu dem Ergebnis kommen, dass das Interesse am Fortbestand der Approbation für die Vergangenheit das staatliche Interesse an einer Rückwirkung überwiegt und das Vertrauen des Betroffenen auf den Bestand seiner Approbation für die Vergangenheit daher schutzwürdig ist. Der Bewerber muss auch in diesen Fällen nicht klüger sein als die Landesbehörde. Wenn die Problematik offen zu Tage tritt und die Behörde sich trotzdem dazu entscheidet, eine Approbation zu erteilen, darf dies nicht zum Nachteil des Betroffenen geschehen. Hinzu tritt die Manifestation des Vertrauens, während die Kriterien des Grades der Rechtswidrigkeit und des Schutzes der Allgemeinheit nicht gewichtig genug sind, um zu einem Überwiegen

---

<sup>595</sup> Vgl. Schäfer, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S. 36.

<sup>596</sup> Die *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme reicht dann nur bis zu dem Moment, in die gewichtigen Zweifel entstanden sind.

des Rücknahmeinteresses zu führen. Eine Rücknahme kann daher nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen.

(b) § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis Var. 9 BÄO – Nicht abgeschlossene Ausbildung

Die Vorschriften des § 5 Abs. 1 S. 1 Var. 2 bis 4 BÄO regeln die Rücknahme für Approbationen, die noch im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung stehen und sind daher zu vernachlässigen. Gleiches gilt für Variante 9, die sich ebenfalls auf Übergangsregelungen bezieht, die heute keine Rolle mehr spielen dürften.

Die Rücknahmetatbestände der Var. 5 bis 8 betreffen die nicht abgeschlossene Mediziner Ausbildung aus dem Ausland. Ähnlich wie bei dem Merkmal der nicht bestandenen ärztlichen Prüfung in Deutschland werden auch diese Rücknahmegründe in den meisten Fällen auf der Fälschung oder Erschleichung des jeweiligen Ausbildungsnachweises beruhen. Die Rechtswidrigkeit liegt dann im Verantwortungsbereich des Behandelnden. Die Abwägung muss in allen Fällen der Bösgläubigkeit des Behandelnden zu dem Ergebnis kommen, dass er nicht schutzwürdig auf die Approbation vertrauen durfte, sodass die Rücknahme *ex tunc* zu erfolgen hat.

Daneben sind aber auch Fälle denkbar, in denen der den Ausbildungsnachweis ausstellenden Stelle im Ausland ein Fehler unterläuft und sie die Ausbildung fälschlicherweise als abgeschlossen bescheinigt. Dann würde die Rechtswidrigkeit zumindest nicht aus der Sphäre des Betroffenen stammen, was zunächst für das Bestandsinteresse spricht.

Jedoch ist die Frage aufzuwerfen, ob dem Betroffenen hinsichtlich der nicht abgeschlossenen Ausbildung grob fahrlässige Unkenntnis vorwerfbar ist. Insofern gilt das oben Gesagte: Der Betroffene darf so lange auf die Richtigkeit der Ausbildungsbescheinigung vertrauen, wie er keine Anhaltspunkte dafür hat, die Zweifel an seinem Ausbildungsabschluss aufkommen lassen. Dabei reichen bloße Zweifel über die eigene Leistungsfähigkeit nicht aus. Gewichtigen und ernsthaften Zweifeln muss er dagegen nachgehen, oder sich ansonsten die Unkenntnis vorwerfen lassen. Sind die Zweifel derart eklatant, dass sie zwingend zu der Erkenntnis der nicht abgeschlossenen Ausbildung führen mussten, ist von grob fahrlässiger Unkenntnis auszugehen und die Approbation mit *Ex tunc*-Wirkung zurückzunehmen. Sind dem Antragssteller beispielsweise negative Prüfungsergebnisse mitgeteilt und im Anschluss trotzdem eine abgeschlossene Ausbildung attestiert worden, so muss ihm klar sein, dass es sich um einen Fehler handelt. Legt er trotzdem den Ausbildungsnachweis vor, ist er hinsichtlich der nicht abgeschlossenen Ausbildung bösgläubig und daher nicht schutzwürdig.

Hatte er jedoch keine Anhaltspunkte für eine fälschliche Bescheinigung, spricht neben dem Sphärengedanken wieder die Manifestation des Vertrauens für ein Überwiegen des Bestandsinteresses, während der Grad der Rechtswidrigkeit und der Schutz der Allgemeinheit zwar für das staatliche Rücknahmeinteresse

streiten, aber weniger gewichtig sind. Die Rücknahme muss folglich mit *Ex nunc*-Wirkung erfolgen.

(c) § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO – Unwürdigkeit, Unzuverlässigkeit und mangelnde gesundheitliche Eignung

§ 5 Abs. 1 S. 2 BÄO regelt die Rücknahme für Fälle, in denen der Behandelnde bei Erteilung der Approbation zur Ausübung des ärztlichen Berufs entweder unwürdig oder unzuverlässig war, oder die erforderliche gesundheitliche Eignung nicht vorlag. Da diese Rücknahmegründe allesamt aus der Sphäre des Betroffenen stammen, spricht zunächst viel dafür, dass in solchen Fällen das Rücknahmeinteresse überwiegt und das Vertrauen daher nicht schutzwürdig ist.

Ferner wird bei diesen Rücknahmegründen auch das Kriterium der Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis relevant, das ebenfalls für ein Überwiegen des Rücknahmeinteresses sprechen würde.

Für die Frage der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit gilt allerdings, dass hier nicht von der bloßen Kenntnis eines Fehlverhaltens auf die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit geschlossen werden darf. Die Bewertung, ob ein Fehlverhalten tatsächlich zur Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit führt, ist auch unter Juristen regelmäßig umstritten, sodass dem Laien eine solche Kenntnis nicht unterstellt werden kann. In vielen Fällen wird man aber immerhin grob fahrlässige Unkenntnis annehmen können. Davon ist wie gesehen auszugehen, wenn der Betroffene die erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem Maße verletzt hat, wobei individuelle Umstände und persönliche Fähigkeiten Berücksichtigung finden.<sup>597</sup> Eine solche Sorgfaltspflichtverletzung liegt beispielsweise vor, wenn der Betroffene eine naheliegende und einfache Gedankenoperation nicht durchführt oder Zweifeln an der Richtigkeit des Bescheides nicht nachgeht.<sup>598</sup> Hat der Betroffene ein gravierendes Fehlverhalten an den Tag gelegt, muss er die Approbationsbehörde zumindest darüber informieren. Ein solches ist jedenfalls in strafrechtlich relevantem Verhalten zu erblicken. Dass hierüber eine Auskunftspflicht besteht, muss dem Betroffenen spätestens klar werden, in dem er zu Angaben über etwaige Straf- oder Ermittlungsverfahren auf dem Antragsformular zur Approbation aufgefordert wird, § 39 Abs. 1 Nr. 5 ÄApprO. Gewichtige Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Approbationserteilung müssen ihm daher spätestens in diesem Moment kommen. Geht er diesen Zweifeln nicht auf den Grund, indem er die Behörde über das Fehlverhalten in Kenntnis setzt, ist im Falle des Vorliegens der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit von grob fahrlässiger Unkenntnis hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Approbationserteilung auszugehen.

Ein gesundheitlicher Mangel wird wie gesehen ohnehin nur selten als Rücknahmegrund in Betracht kommen, weil die gesundheitliche Eignung bei Approbationserteilung nachgewiesen werden muss, sodass ein solcher Mangel meist nicht

<sup>597</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 79.

<sup>598</sup> Siehe hierzu schon unter § 2 II. 2. e. aa. (3) (a).

unentdeckt bleiben wird. In der Regel wird es daher schon gar nicht zu einer Approbation kommen. Als Rücknahmegrund kommen höchstens äußerlich schwer erkennbare psychische Erkrankungen in Betracht. Hierbei kann es mitunter vorkommen, dass der Betroffene mangels Diagnose tatsächlich keine Kenntnis von seiner Erkrankung hat und ihm aufgrund der Eigenart der Krankheit die Erkenntnis über den eigenen Zustand verschlossen bleibt. In solchen Ausnahmefällen erscheint eine Abwägung zugunsten schutzwürdigen Vertrauens zumindest nicht fernliegend. Denn auch, wenn der Grund für die Rechtswidrigkeit der Approbation in der Sphäre des Betroffenen liegt, kann ihm hieraus mangels Erkenntnisfähigkeit wohl kaum ein Vorwurf gemacht werden.

Grundsätzlich ist es aber nur schwer vorstellbar, dass ein gesundheitlich nicht geeigneter Behandelnder von seiner mangelnden Eignung nichts gewusst haben soll. Für die Fälle mangelnder gesundheitlicher Eignung ist mithin in aller Regel von grob fahrlässiger Unkenntnis der Rechtswidrigkeit auszugehen, sodass eine Abwägung aufgrund der Bösgläubigkeit nicht zu schutzwürdigem Vertrauen führen kann.

#### (d) § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO – Mangelnde Gleichwertigkeit

Der Rücknahmegrund in § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 1 BÄO betrifft Fälle, in denen die Approbationsbehörde ursprünglich von der Gleichwertigkeit einer ausländischen Mediziner Ausbildung ausgegangen ist, diese aber tatsächlich gar nicht vorlag. Wie gesehen, bereitete die Feststellung der Gleichwertigkeit in der Praxis teilweise erhebliche Schwierigkeiten.<sup>599</sup> Unterläuft der beurteilenden Behörde ein Bewertungsfehler, liegt dieser in ihrem Verantwortungsbereich, sodass bei der Abwägung das Bestandsschutzinteresse des Betroffenen überwiegt. Dafür spricht auch hier wieder die Manifestation des Vertrauens in der Lebensgestaltung des Arztes, während die materielle Rechtswidrigkeit und der Schutz der Allgemeinheit nicht ausreichen, um ein anderes Ergebnis herbeizuführen. Der Behandelnde durfte dann schutzwürdig auf den Bestand seiner Approbation vertrauen, sodass nur eine Rücknahme *ex nunc* in Betracht kommt.

#### (e) § 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO – Mangelnder gleichwertiger Kenntnisstand

§ 5 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 BÄO ermöglicht die Rücknahme von Approbationen in Fällen, in denen der gleichwertige Kenntnisstand tatsächlich nicht nachgewiesen worden ist.

Da die Approbation in diesen Fällen darauf beruht, dass der Antragssteller falsche Bescheinigungen über seinen Kenntnisstand vorgelegt hat, stammt der Grund für die Rechtswidrigkeit aus seiner Sphäre. Hinzu kommt, dass ihm Bösgläubigkeit vorzuwerfen ist, wenn die Bescheinigung Berufs- und Lebenserfahrung nachweist, von der er weiß, dass er sie niemals gesammelt hat. Das gilt natürlich

<sup>599</sup> Siehe hierzu schon unter § 2 II. 2. b. aa.

erst recht, wenn er die Bescheinigungen gefälscht hat. Schutzwürdiges Vertrauen kann bei diesem Rücknahmegrund daher nicht bestehen.

(f) § 5 Abs. 1 S. 4 BÄO – Mangelnde Eignungsprüfung oder Kenntnisprüfung

Wie aufgezeigt, ist der Rücknahmegrund nach § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 1 BÄO aufgrund des Zeitablaufs zu vernachlässigen.

Es bleibt also nur die Rücknahme von Approbationen, die auf einer Eignungs- bzw. Kenntnisprüfung beruhen und bei denen sich später herausstellt, dass die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten auf diese Weise doch nicht nachgewiesen wurden, § 5 Abs. 1 S. 4 Alt. 2 BÄO.

Vertrauensschutz kommt hier nur in Betracht, wenn der Irrtum auf einer fehlerhaften Prüfungsbewertung durch die Approbationsbehörde entstanden ist. In diesem Fall entstammt die Rechtswidrigkeit der Sphäre der Behörde. Mit Blick auf die Frage der grob fahrlässigen Unkenntnis von der Rechtswidrigkeit gilt das bereits Gesagte: Ohne Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit des Prüfungsbescheides aufkommen lassen, muss der Betroffene die bestandene Prüfung nicht hinterfragen.

Im weitaus wahrscheinlicheren Fall beruht der fehlerhafte Nachweis aber auf einer Manipulation der Prüfung oder einem anderweitigen Erschleichen des positiven Prüfungsbescheides durch den Antragssteller, sodass Vertrauensschutz aufgrund von Bösgläubigkeit ausscheidet.

### 3. Zwischenergebnis zu den Rechtsfolgen der Approbationsrücknahme

Die Rechtsfolgenseite der Approbationsrücknahme lässt sich in zwei wesentliche Fragen aufgliedern: Zunächst ist zu klären, ob die Approbation überhaupt zurückgenommen wird. Liegt ein obligatorischer Rücknahmegrund vor, hat der Gesetzgeber diese Frage bereits abschließend beantwortet. In den Fällen des § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO ist die Approbation zwingend zurückzunehmen. Bei Vorliegen der Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO liegt diese Frage dagegen im Entscheidungsermessen der Approbationsbehörde. Die Ermessensentscheidung hängt dabei allein von der Frage ab, ob der ursprüngliche Versagungstatbestand, der bei Approbationserteilung noch vorgelegen hatte, inzwischen weggefallen ist. Liegt ein solcher Versagungstatbestand weiterhin vor, ist die Ermessensentscheidung auf null reduziert. Denn vor dem Hintergrund des Zwecks der Rücknahme wäre es nicht vertretbar, einem Behandelnden die Approbation zu belassen, wenn dieser den Anforderungen nicht gerecht wird, die in Deutschland an einen Arzt gestellt werden. Alles andere würde dem Gedanken des Patientenschutzes zuwiderlaufen: Einem ungeeigneten Arzt muss die Approbation zwingend entzogen werden.

Ist geklärt, ob die Approbation zurückgenommen wird, ist in der Folge die Frage aufzuwerfen, wie – also mit welcher zeitlichen Wirkung – die Rücknahme erfolgen soll. Diese Frage wird von der gängigen Lehrmeinung im ärztlichen Berufsrecht

dahingehend beantwortet, dass die Rücknahme immer mit *Ex tunc*-Wirkung zu erfolgen hat. Danach hätte die Approbationsbehörde diesbezüglich keinerlei Entscheidungsspielraum.

Diese Auffassung konnte allerdings anhand einer historischen, systematischen und verfassungsrechtlichen Analyse widerlegt werden. Tatsächlich kommt der Approbationsbehörde bei der Entscheidung über die zeitliche Wirkung der Rücknahme ein Auswahlermessen zu. Bei dieser Ermessensentscheidung ist auf den Vertrauensschutzgedanken zu rekurrieren, sodass die Behörde zwischen dem Bestandsinteresse des Betroffenen und dem staatlichen Interesse an der Rücknahme *ex tunc* abzuwägen hat. Hat der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand der Approbation vertraut, ist diese lediglich mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen. War das Vertrauen nicht schutzwürdig, erfolgt die Rücknahme mit Rückwirkung.

Im Falle der Bösgläubigkeit des Betroffenen hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Approbationserteilung ist der Betroffene nicht schutzwürdig. Die Approbation ist daher in diesen Fällen zwingend mit *Ex tunc*-Wirkung zurückzunehmen. Es sind aber auch Konstellationen schutzwürdigen Vertrauens denkbar, die insbesondere bei Approbationserteilungen entstehen, die auf einem ausländischen Ausbildungsnachweis beruhen. Wie aufgezeigt wurde, kann es gerade in Fällen, in denen die Approbationsbehörde eine Gleichwertigkeitsprüfung vornehmen muss, durchaus zu Fehleinschätzungen seitens der Behörde beziehungsweise der GfG kommen. Eine Rücknahme *ex tunc* ist in diesem Fall nicht mit dem Vertrauensschutzgrundsatz zu vereinbaren, sodass die Approbation nur für die Zukunft entzogen werden kann.



### III. Rücknahmefrist oder zeitlich unbegrenzte Rücknahmemöglichkeit?

Schließlich ist noch zu klären, ob die Möglichkeit der Approbationsrücknahme zeitlich unbegrenzt besteht. Die Frage stellt sich insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Rücknahmegründe unter Umständen erst Jahre nach Approbationserteilung bekannt werden können. Klärungsbedürftig ist beispielsweise, ob die Approbation eines Arztes, der seit 20 Jahren praktiziert, auch nach dieser langen Zeit noch zurückgenommen werden kann.

#### 1. Ausschlussfrist für die Rücknahme

Die zeitliche Rücknahmemöglichkeit ist in § 5 BÄO abschließend geregelt.<sup>600</sup> Eine zeitliche Grenze ist gerade nicht vorgesehen. Und auch der – nach dem bisher Gesagten – naheliegende Blick in die allgemeine Vorschrift des § 48 Abs. 4 VwVfG verbietet sich. Zudem würde eine Anwendung der Ausschlussfrist des § 48 Abs. 4 VwVfG hinsichtlich der genannten Fallgestaltung auch nur bedingt weiterführen. Diese fängt nämlich erst mit der Kenntnisnahme der Behörde von den Rücknahmegründen an zu laufen. Auch im Falle eines seit 20 Jahren approbierten Mediziners würde die Frist erst ein Jahr nach Kenntnis von den Rücknahmegründen ablaufen. Dass zuvor schon 20 Jahre vergangen sind, wäre für die Ausschlussfrist irrelevant. Die Ausgangsfrage würde mit der Anwendung des § 48 Abs. 4 VwVfG mithin gar nicht beantwortet.

Hierzu wäre eine starre Ausschlussfrist erforderlich, wie sie das Bundessozialgericht bei der Rücknahme nach § 45 SGB X begründet hat. Danach kann ein Verwaltungsakt, auch wenn er aufgrund einer arglistigen Täuschung zustande gekommen ist, nach 30 Jahren nicht mehr zurückgenommen werden.<sup>601</sup>

Eine solche Ausschlussfrist kann in § 5 BÄO aber nicht hineingelesen werden. Dafür spricht zum einen der Hintergrund der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: § 45 Abs. 3 SGB X hält für die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes im Sozialverwaltungsverfahren ein besonderes System an absoluten Ausschlussfristen bereit. Es bestand mithin ein normativer Anknüpfungspunkt im Gesetzestext, auf dem das Bundessozialgericht aufbauen konnte. Mit anderen Worten: Die Ausschlussfrist kam nicht aus dem Nichts, das Gesetz hielt diese Möglichkeit vielmehr zumindest grundsätzlich bereit. An einem solchen Anknüpfungspunkt fehlt es in § 5 BÄO aber gerade, sodass diese Rechtsprechung nicht

---

<sup>600</sup> Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Gesundheitswesen über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf einer Bundesärzterordnung, BT-Drucks. 3/2810, S. 2; BVerwGE 105, 214; ebenso Saalfrank/*Frehse/Kleinke*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § 1 Rn. 97.

<sup>601</sup> BSGE 72, 139 = NVwZ-RR 1994, 628.

übertragbar ist.<sup>602</sup> Die Einführung einer absoluten Ausschlussfrist obliegt dem Gesetzgeber und kann nicht richterrechtlich erfolgen.<sup>603</sup>

Zum ändern hat der Gesetzgeber des Verwaltungsverfahrensgesetzes gerade den Fall der Approbationsrücknahme als Gegenargument für eine absolute Ausschlussfrist in § 48 VwVfG angeführt:

*„Eine absolute Ausschlussfrist, für die es auf Kenntnis der Ausschließungsgründe nicht ankommt, erscheint nicht gerechtfertigt, da es durchaus Fälle geben kann, in denen ein so weitgehender Schutz des Betroffenen nicht angemessen wäre (zB Rücknahme einer ärztlichen Approbation)“<sup>604</sup>*

Der Verzicht des Gesetzgebers auf eine Ausschlussfrist in § 5 BÄO erklärt sich letztlich mit Blick auf dem Patientenschutz. Sie hätte nämlich zur Folge, dass ungeeignete Mediziner nach Ablauf einer gewissen Zeit unbehelligt den ärztlichen Beruf ausüben könnten. Dies galt es aufgrund der damit verbundenen Patientengefährdung zu vermeiden.<sup>605</sup>

## 2. Verwirkung

Ein weiterer Ansatz zur zeitlichen Begrenzung der Rücknahmemöglichkeit liegt in der Rechtsfigur der Verwirkung. Diese ist Ausdruck des Verbotes des *venire contra factum proprium* als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben.<sup>606</sup> Letztlich ist es auch an dieser Stelle der Aspekt des Vertrauensschutzes, der die Anwendung dieses im Zivilrecht entwickelten Rechtsgrundsatzes auch im öffentlichen Recht erforderlich macht.<sup>607</sup>

Die erste Voraussetzung der Verwirkung wird bei lange zurückliegenden Approbationserteilungen vorliegen. Erforderlich ist nämlich, dass das von der Verwirkung betroffene Recht über einen längeren Zeitraum nicht geltend gemacht worden ist.<sup>608</sup> Allerdings erfordert diese Rechtsfigur als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben tatbestandsmäßig auch, dass die späte Rücknahme ein treuwidriges, widersprüchliches Verhalten darstellt.<sup>609</sup> Hiervon kann aber gera-

<sup>602</sup> Vgl. OVG Münster, NVwZ-RR 2013, 250 (252), wo sich dieselbe Frage bei der Anwendung des § 48 VwVfG stellte.

<sup>603</sup> *Mussnug*, FS Universität Heidelberg, S. 203 (210); *Ule/Becker*, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S. 60.

<sup>604</sup> Siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-Drucks. 7/910, S. 71; a.A. *Ule/Becker*, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S. 59.

<sup>605</sup> Ebenso OVG Lüneburg, BeckRS 2009, 35804 (zu § 3 PsychThG).

<sup>606</sup> BVerwGE 44, 339 (343); BVerwG, NVwZ 1995, 703 (706); BVerwG, BeckRS 1997, 31224103; ebenso *Ossenbühl*, NVwZ 1995, S. 547 (549); *Eyermann/Fröhler*, VwGO, Anhang zu § 42 Rn. 47; *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, S. 465.

<sup>607</sup> BVerwGE 44, 339 (343); BVerwG, NVwZ-RR 1994, 388; BVerwG, NVwZ 1995, 703 (706); ebenso *Stich*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S. 64.; *Stich*, DVBl 1959, S. 234 (235).

<sup>608</sup> BVerwGE 44, 339 (343); BVerwG, NVwZ 1995, 703 (706).

<sup>609</sup> BVerwGE 6, 204 (206 f.); 44, 339 (343); BVerwG, NVwZ 1995, 703 (706); OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 10. Februar 2006 – OVG 4 N 150.05 –, juris Rn. 7 f.; *Stich*, Vertrau-

de nicht ausgegangen werden, wenn die Approbationsbehörde erst nach langer Zeit überhaupt von den Rücknahmegründen erfährt.<sup>610</sup> Etwas anderes kann nur gelten, wenn sie um die Rücknahmegründe weiß und jahrelang nicht gegen den betroffenen Arzt einschreitet. Dieser Fall dürfte aber nur ausnahmsweise auftreten. Im Falle der Unkenntnis der Rücknahmebehörde über die Rücknahmegründe durfte der Behandelnde nicht den berechtigten Schluss ziehen, seine Approbation werde nicht mehr zurückgenommen.

Eine Verwirkung der Rücknahmemöglichkeit ist daher nur ausnahmsweise denkbar. Im Falle der Unkenntnis der Rücknahmebehörde ist sie jedenfalls ausgeschlossen.

Aber selbst im Ausnahmefall der Kenntnis der Approbationsbehörde und einem, wie auch immer begründetem, langen Zuwarten ist die Anwendung der Grundsätze der Verwirkung höchst fraglich. Eine zeitliche Begrenzung der Rücknahmemöglichkeit bedeutet im Ergebnis nämlich nichts anderes, als dass eine nicht geeignete Person weiterhin an der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung teilnehmen kann. Dem staatlichen Interesse am Schutz der Gesundheit der Patienten und der Bevölkerung ist aber der Vorzug vor dem Vertrauen des Arztes in den Bestand der Approbation einzuräumen. Die Rücknahme der Approbation muss immer möglich sein, um ungeeignete Personen aus dem Arztberuf herauszuhalten. Die Grundsätze der Verwirkung sind daher bei der Rücknahme der ärztlichen Approbation nicht anwendbar.

### 3. Berücksichtigung im Rahmen der Ermessensentscheidung

Zuletzt hat die Rechtsprechung im Falle eines eklatant langen Zeitraums zwischen Erteilung des Verwaltungsaktes und der Rücknahme eine Lösung über die Abwägung im Rahmen des Rücknahmeermessens bevorzugt.<sup>611</sup> Diese Lösung bietet sich jedoch nur solange an, wie die Rücknahme im freien Ermessen der Behörde liegt. Das ist im Rahmen einer Rücknahme nach § 48 VwVfG der Fall. Aber wie bereits deutlich wurde, liegt die Frage des „ob“ der Approbationsrücknahme nur bei den fakultativen Rücknahmegründen im Ermessen der Behörde. Liegen obligatorische Rücknahmegründe des § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO vor, ist die Approbation zwingend zurückzunehmen, sodass das zeitliche Element keine Berücksichtigung finden kann.

Aber auch im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO kann allein ein langer Zeitraum seit der Approbationserteilung aus den genannten

---

ensschutz im Verwaltungsrecht, S. 59; *Stich*, DVBl. 1959, S. 234 (237); *Ossenbühl*, NVwZ 1995, S. 547 (549).

<sup>610</sup> Ebenso OVG Lüneburg, BeckRS 2009, 35804 (zu § 3 PsychThG); vgl. auch *Stich*, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, S. 59; *Stich*, DVBl. 1959, S. 234 (237); a.A.: *Böhmer*, BayVBl. 1956, S. 129 (130), nach dem es auf ein subjektives Element nicht ankommen soll.

<sup>611</sup> So schon BVerwG, BeckRS 1976, 31284161 unter II. 2.; in jüngerer Zeit dann: OVG Münster, NVwZ 2013, 250 (252) unter II. 2. b); VGH Mannheim, BeckRS 2017, 117713 Rn. 34.

Gründen nicht zum Fortbestand der Approbation führen. Der Schutz der Gesundheit der einzelnen Patienten und der Bevölkerung überwiegt in jedem Fall das Bestandsinteresse des Betroffenen.

Lediglich für den Fall der Unwürdigkeit kann sich theoretisch etwas anderes ergeben. Ist seit dem Fehlverhalten aber bereits ein beträchtlicher Zeitraum vergangen, ist fraglich, ob der Rücknahmegrund überhaupt noch besteht.

#### 4. Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist ein langer Zeitraum zwischen Approbationserteilung und Rücknahme nur dann beachtlich, wenn sich in Folge des Zeitablaufs an dem ursprünglichen Vorliegen des Rücknahmegrundes bei Erteilung der Approbation etwas geändert hat. Dies ist aber nur im Rahmen der fakultativen Rücknahmegründe denkbar. Die obligatorischen Rücknahmegründe haben hingegen nur solche Tatsachen zum Gegenstand, die keinen Änderungen unterliegen. So wird beispielsweise ein nicht abgeschlossenes Medizinstudium über die Jahre nicht zu einem abgeschlossenen. Die ursprünglich fehlende Gleichwertigkeit der ausländischen Ausbildung oder der Gesundheitszustand des Betroffenen kann sich dagegen mit der Zeit verändern.

### § 3 Ergebnisse der öffentlich-rechtlichen Betrachtung

Die öffentlich-rechtliche Betrachtung hat zunächst aufgezeigt, dass die Differenzierung zwischen Rücknahme und Widerruf in § 5 BÄO der Terminologie aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht entspricht.

Darüber hinaus wurde nachgewiesen, dass eine pauschale *Ex tunc*-Wirkung der Approbationsrücknahme abzulehnen ist.

Stattdessen lässt sich die Frage der zeitlichen Wirkung der Rücknahme nach § 5 Abs. 1 BÄO auf zwei Feststellungen herunterbrechen:

*1) Der Approbationsbehörde kommt bei der Rücknahme der ärztlichen Approbation ein Auswahlermessen hinsichtlich der zeitlichen Wirkung zu. Das gilt nicht nur für die Fälle der fakultativen Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO, sondern auch für die der obligatorischen Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO.*

*2) Im Rahmen des Auswahlermessens hat die Behörde Vertrauensschutzaspekte zu berücksichtigen. Hat der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand der Approbation vertraut, ist die Rücknahme mit *Ex nunc*-Wirkung vorzunehmen. Fehlt es an schutzwürdigem Vertrauen, kommt der Rücknahme *Ex tunc*-Wirkung zu.*



## § 4 Der Fiktionscharakter der *Ex tunc*-Wirkung

Die Darstellung der Rechtslage im Verwaltungsrecht hat aufgezeigt, dass der Entzug der ärztlichen Approbation – je nachdem ob der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand seiner Approbation vertraut hat – sowohl mit *ex nunc*- als auch mit *Ex tunc*-Wirkung erfolgen kann. Während der Entzug für die Zukunft keine weiteren Fragen aufwirft, stellt die Rückwirkung eine Besonderheit dar. Die Approbation ist für die Vergangenheit als nicht existent zu betrachten, der betroffene Arzt ist für die Vergangenheit zu behandeln, als sei er niemals Arzt gewesen.<sup>612</sup>

Dabei ist zunächst klärungsbedürftig, wie eine solche Rückwirkungsanordnung rechtlich einzuordnen ist.

### I. Klarstellungsfunktion der Rückwirkung?

Teilweise wurde der Rückwirkung nur deklaratorische Bedeutung beigemessen. Der durch sie herbeigeführte Rechtszustand habe auch schon in der Vergangenheit so bestanden, das Ereignis, welches die Rückwirkung nach sich zieht, habe diesen ohnehin bestehenden Zustand lediglich aufgedeckt.<sup>613</sup> Diese Auffassung

---

<sup>612</sup> Narr/*Haage*, B-II 2 Rn. 1; Spickhoff/*Spickhoff*, § 5 BÄO Rn. 1.

<sup>613</sup> *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S. 238 f.; *Rothkugel*, Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, S. 6 ff.; *Philipsborn*, in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts 64, S. 10 f.

wird heute aber mit guten Gründen abgelehnt. Richtigerweise wird die Rechtslage durch die Rückwirkung umgestaltet, was am Beispiel der Anfechtung deutlich wird: Auch bei Vorliegen von Anfechtungsgründen bleibt das betreffende Rechtsgeschäft zunächst einmal wirksam. Wird die jeweilige Willenserklärung nicht angefochten, bleibt es bei der Wirksamkeit. Nur wenn die Anfechtung erklärt wird, ist das Rechtsgeschäft für die Vergangenheit und Zukunft als nichtig zu betrachten, § 142 Abs. 1 BGB. Die Rückwirkung hat also erkennbar keine deklaratorische Bedeutung, sondern gestaltende Wirkung.<sup>614</sup> Auch der Begriff als solcher legt eine Rechtsänderung und keine bloße Aufdeckung eines immer schon dagewesenen Zustandes nahe. Denn mit dem Präfix „rück“ wird ausgedrückt, dass sich an der zuvor bestehenden Wirkung etwas geändert hat.<sup>615</sup>

## II. Rechtsfiktion

Richtigerweise ist die Rückwirkung als Rechtsfiktion anzusehen.<sup>616</sup> Der Ursprung der Fiktionen ist in der griechischen und römischen Opferkultur zu finden, wo Menschenopfer zunächst durch Tieropfer und später durch weniger wertvolle Nachbildungen aus Teig oder Wachs ersetzt wurden, um Ressourcen zu sparen.<sup>617</sup> Der Gedanke der Vereinfachung durch die Gleichstellung von offensichtlich Ungleichem wirkt auch heute noch in der Konstruktion der Rechtsfiktion fort.<sup>618</sup> Diese stellt letztlich eine besondere Form der Verweisung dar.<sup>619</sup> Anstatt für einen Tatbestand eine Vielzahl von Einzelregelungen zu erlassen, wird der betreffende Tatbestand einfach einem offensichtlich anderen Tatbestand gleichgestellt.<sup>620</sup> Die für diesen anderen Tatbestand geltenden Regelungen werden also übernommen

<sup>614</sup> Siehe *Hellwig*, FS der juristischen Fakultät der Universität Giessen, S. 21 (27); *Jacobi*, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 18 und 21; *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 196 ff.; *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 7; v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 23 f.

<sup>615</sup> *Hellwig*, FS Juristische Fakultät Giessen, S. 21 (27); *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 7.

<sup>616</sup> *Bernhöft*, FS Bekker, 1907, S. 241 (267); v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 25; *Jacobi*, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 33; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 85; *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 3; *Staudinger/Roth* (2015), § 142 Rn. 1.

<sup>617</sup> *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S. 3 ff.; *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 8; *Pfeifer*, Fiktionen im Öffentliche Recht, S. 21.

<sup>618</sup> *Fischer*, AcP 1919, S. 143 (151).

<sup>619</sup> *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 26, 175; *Pfeifer*, Fiktionen im Öffentliche Recht, S. 220; *Somló*, Juristische Grundlehre, S. 526 und 528; *Bernhöft*, FS Bekker, 1907, S. 241 (267); *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1 S. 101; *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, S. 201; *Jachmann*, Die Fiktion im öffentlichen Recht, S. 1153; *Jacobi*, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 30.

<sup>620</sup> *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 27; *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuches, S. 9 f.



und gelten nunmehr auch für den zu regelnden Tatbestand. Hätte der Gesetzgeber beispielsweise anstelle der Gewährleistungsregelungen im Werkvertragsrecht fingiert, dass Werkverträge Kaufverträge darstellen, hätte er kein eigenes Gewährleistungsregime schaffen müssen. Stattdessen wäre einfach auf werkvertragsrechtliche Fallgestaltungen Kaufrecht anwendbar gewesen.

Problematisch ist dabei nur, dass Regelungen durch Fiktionen weniger detailliert ausgestaltet sind, als sie es wären, wenn alle gewünschten Rechtsfolgen in Einzelnormen angeordnet würden. Es kann daher unklar sein, wie weit eine Fiktion reicht, also welche Rechtsfolgen aus den gleichgestellten Regelungen tatsächlich übernommen werden sollen und welche nicht. So könnte in obigem Beispiel fraglich sein, ob auch die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf auf den werkvertraglichen Sachverhalt angewendet werden sollen.

Ausdrücklich gewarnt werden muss in diesem Zusammenhang vor einer Betrachtungsweise, die der für eine Abstrahierung notwendigen Vergegenständlichung von Rechtsfiguren zu viel Raum gibt. Wer in der juristischen Begriffswelt allzu sehr verhaftet ist, kann leicht auf die Idee kommen, Fiktionen nicht allein auf Ebene einer rechtlichen Bewertung zu beachten, sondern sie für eine tatsächliche Wahrheit zu halten.<sup>621</sup> Anders gesagt: Wer sich beispielsweise die Existenz eines Rechtsgeschäfts als physischen Gegenstand vorstellt, für den ist auch der Gedanke naheliegend, dass dieses Rechtsgeschäft der Vernichtung durch rückwirkende Anfechtung bedarf, um seine Wirkungen zu beseitigen. Tatsächlich könnte der Gesetzgeber die von ihm für richtig erachtete Rechtsfolge aber auch ohne eine solche Fiktion herbeiführen, indem er sie einfach einzeln anordnet. Denn mit den Anfechtungsregeln soll letztlich nicht das Rechtsgeschäft vernichtet werden. Dieses existiert in der Realität ja gar nicht, sondern ist nur ein Sprachbild zur gedanklichen Bewältigung, gewissermaßen eine „*begriffsjuristische Krücke*“.<sup>622</sup> Vielmehr sollen die aufgrund der Abrede ausgetauschten Leistungen zurückerstattet und damit ein gerechter Zustand verwirklicht werden. Dazu würde die bloße Anordnung der Rückerstattung ausreichen, einer rückwirkenden Anfechtung des Gebildes „Rechtsgeschäft“ bedürfte es theoretisch nicht. Für denjenigen, der zu sehr an den juristischen Gedankenkonstrukten festhält und sie für die juristische Wahrheit hält, besteht nun die Gefahr, dass er die Rechtsfolgen, auf die mit der Fiktion verwiesen wird, auch auf tatsächliche Sachverhalte anwendet, die eigentlich gar nicht von diesen erfasst sein sollten.<sup>623</sup> Die Fiktion darf daher nicht aufgrund eines Selbstzwecks angewendet werden, es ist immer im Blick zu behalten, dass es sich um eine Art der Verweisung handelt und der Gesetzgeber mit ihr letztlich gerechte Ergebnisse herbeiführen will.<sup>624</sup>

---

<sup>621</sup> Vgl. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 179.

<sup>622</sup> Vgl. Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 206.

<sup>623</sup> Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 40 und 179; Bernhöft, FS Bekker, S. 238 (275); v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S. 26.

<sup>624</sup> Vgl. Bierling, Juristische Prinzipienlehre Bd. I, S. 101 ff.

Bei der Frage der Grenzen einer Rechtsfiktion ist daher richtigerweise auf den gesetzgeberischen Hintergrund, mithin das *Telos* der Fiktionsanordnung abzustellen.<sup>625</sup> Wenn die Anwendung der Rechtsfolge diesem Zweck dienlich ist, ist die Rechtsfolge auch von der Reichweite der Fiktionsanordnung umfasst. Als Beispiel kann § 1923 Abs. 2 BGB dienen. Danach gilt der *nasciturus* als vor dem Erbfall geboren, wenn er vor dem Erbfall bereits gezeugt war. Wer diese Regelung ernst nimmt, ohne sich mit den Grenzen der Fiktion zu beschäftigen, könnte auf die Idee kommen, den früheren Geburtszeitpunkt auch bei der Anwendung anderer Vorschriften zu berücksichtigen, beispielsweise im Rahmen des § 106 BGB. Sinn und Zweck der Regelung ist aber lediglich, die Erbenstellung des Ungeborenen zu sichern, sodass außerhalb des Erbrechts natürlich das wirkliche Geburtsdatum gilt.

Darüber hinaus ist auch der Hintergrund der Norm zu beachten, auf die verwiesen wird. So kann eine Rückwirkung beispielsweise im Verjährungsrecht keine Geltung in dem Sinne beanspruchen, dass das anspruchsbegründende Verhalten ebenfalls in die Vergangenheit fingiert wird und die Verjährung so schneller eintritt.<sup>626</sup> Denn für die Verjährung kommt es besonders auf den Zeitpunkt und mithin die Möglichkeit der Kenntnisnahme des Gläubigers von dem bestehenden Anspruch an, vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Diese Kenntnisnahme ist bei einer fiktiven Anspruchsbegründung für die Vergangenheit aber ausgeschlossen, sodass die Rückwirkung die Rechte des Anspruchsinhabers mit Blick auf die absoluten Verjährungsfristen stark beschneiden würde.<sup>627</sup>

Klarzustellen ist schließlich noch, dass die Rückwirkung nur auf einer rechtlichen Ebene stattfindet. Das Recht hat natürlich nicht die Möglichkeit, auf tatsächlicher Ebene eine Änderung der Vergangenheit zu bewirken.<sup>628</sup> So kann die *Ex tunc*-Wirkung selbstverständlich nicht zu dem Ergebnis führen, dass die Approbation tatsächlich in der Vergangenheit nicht vorlag und man daher auch von einer Kenntnis bezüglich des Nichtvorliegens des Betroffenen ausgehen kann.<sup>629</sup> Mit der Rückwirkungsfiktion wird letztlich nur auf die Rechtsfolgen verwiesen, die eintreten, wenn ein Behandelnder ohne Approbation medizinisch tätig wird.

Diese Grundsätze zur Reichweite der *Ex tunc*-Wirkung sind bei der Darstellung der zivilrechtlichen Konsequenzen im Blick zu behalten.

---

<sup>625</sup> Bernhöft, FS Bekker, S. 239 (276); Esser, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 40 ff.; Kaufmann, Analogie und „Natur der Sache“, S. 26; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 85; Eickelmann, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 10.

<sup>626</sup> Siehe hierzu im Folgenden unter § 8 IV.

<sup>627</sup> Jacobi, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 166.

<sup>628</sup> Bernhöft, FS Bekker, S. 239 (268).

<sup>629</sup> Vgl. Jacobi, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 165.

## 2. Kapitel: Die zivilrechtlichen Konsequenzen einer Rücknahme *ex tunc*

Im folgenden Abschnitt werden die Konsequenzen einer Rücknahme *ex tunc* auf die zivilrechtlichen Beziehungen des betroffenen Arztes dargestellt, wie sie nach der herrschenden Lehrmeinung eintreten würden. Die Darstellung beruht auf der Grundannahme, dass der Rücknahme der Approbation tatsächlich *Ex tunc*-Wirkung zukommt. Der „Arzt“ wird also behandelt, als hätte er zu keiner Zeit eine Approbation gehabt. Im Folgenden wird er daher nur noch als „Behandelnder“ bezeichnet.

Dargestellt werden dabei zunächst die Auswirkungen auf den Fall der Privatbehandlung zwischen Behandelndem und Patienten. Darüber hinaus sind die Auswirkungen auf Krankenhausverträge zwischen dem Patienten und dem jeweiligen Krankenhausträger sowie Arbeitsverträge zwischen Krankenhausträger und Behandelndem von Interesse.

Nicht von der Darstellung erfasst sind Behandlungsverträge, die im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Gesundheitssystems geschlossen werden. Zwar sind auch diese Verträge mit Blick auf die Arzt-Patienten-Beziehung von zivilrechtlicher Natur.<sup>630</sup> Trotzdem wird die Rechtslage dadurch verkompliziert, dass diese

---

<sup>630</sup> Die Frage war lange umstritten. Der Gesetzgeber hat sich im Rahmen der Kodifizierung des Behandlungsvertrages ausweislich des Wortlauts von § 630a Abs. 1 aE („*soweit nicht ein Dritter zur Zahlung verpflichtet ist*“) aber für die Vertrags- und gegen die Versorgungskonzeption entschieden,

zivilrechtlichen Verträge in das staatliche Gesundheitsversorgungssystem eingebettet sind. Für eine Darstellung der Konsequenzen im Falle einer *Ex tunc*-Wirkung erscheint es aber sinnvoll, nur das gesetzgeberische Modellbild der Privatbehandlung zu betrachten. Dabei können die wesentlichen Problematiken in den Blickpunkt gerückt werden, ohne die Darstellung durch die komplexe öffentlich-rechtliche Einkleidung zu überfrachten. Darüber hinaus sind auch weitere Vertragsgestaltungen unbehandelt geblieben, weil sie den Rahmen der Bearbeitung überschreiten würden. Darunter fallen Verträge über ärztliche Kooperationen wie die Gemeinschaftspraxis oder eine Ärzte-GmbH, Verträge über die ärztliche Vertretung im Krankheitsfall sowie die Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Haftpflichtversicherer. Diese Arbeit versteht sich jedoch als Grundlage, auf der die weiteren Konstellationen unter Berücksichtigung der Eigenheiten der jeweiligen Vertragsgestaltung gelöst werden können.

---

siehe BT-Drucks. 17/10488, S. 19; und ebenso BeckOK BGB/*Katzenmeier*, § 630 a Rn. 16 ff.; *Wagner*, VersR 2012, S. 789 (790); *Spickhoff*, VersR 2013, S. 267 (270).

## § 5 Darstellung der Verträge, die im Rahmen ärztlicher Tätigkeit geschlossen werden

### I. Behandlungsvertrag (Privatbehandlung)

#### 1. Einordnung des Behandlungsvertrages in die Vertragstypen des BGB

Der Behandlungsvertrag als Grundlage ärztlicher Tätigkeit wurde erst mit dem Patientenrechtegesetz vom 20.02.2013<sup>631</sup> im BGB kodifiziert.<sup>632</sup> Dabei wurden insbesondere die bis dahin richterrechtlich entwickelten Grundsätze der Arzthaftung in Gesetzesform gegossen. Gleichzeitig verfestigte sich die mit der Modernisierung des Schuld- und Schadensrechts<sup>633</sup> angestoßene Verschiebung des ursprünglich deliktsrechtlich geprägten Arzthaftungsrechts in das Vertragsrecht.<sup>634</sup>

---

<sup>631</sup> Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten vom 20.02.2013, BGBl. I S. 277.

<sup>632</sup> Die Bestrebungen einer Kodifikation reichen aber schon bis in die sechziger Jahre zurück, siehe hierzu ausführlich: *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 85 ff.

<sup>633</sup> Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I 3138) und das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften vom 19.07.2002 (BGBl. I 2674).

<sup>634</sup> Siehe hierzu: *Katzenmeier*, VersR 2002, S. 1066 (1073 f.); *Spickhoff*, NJW 2002, S. 2530; *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, S. 272 (278); *Schmidt*, MedR 2007, S. 693 (702) (vgl. auch die Erwiderung von

Vor der Kodifizierung erfolgte überwiegend eine Einordnung des Behandlungsvertrages in das Dienstvertragsrecht.<sup>635</sup> Dafür sprach, dass damit die §§ 613 und 627 BGB anwendbar waren. Mit der Anwendbarkeit dieser Vorschriften wurde sichergestellt, dass der Arzt dem Patienten die Behandlung *in persona* schuldet<sup>636</sup> und beide Parteien den Behandlungsvertrag ohne Fristsetzung kündigen<sup>637</sup> konnten. Darüber hinaus wurde im Gesetzgebungsprozess gerade der Arztvertrag als Beispiel für „Dienste aufgrund besonderen Vertrauens“ im Sinne des § 627 BGB genannt.<sup>638</sup>

Aufgrund des weiten Erfolgsbegriffs<sup>639</sup> im Werkvertragsrecht hätte man den Behandlungsvertrag zwar auch diesem Bereich zuordnen können, was zumindest im Falle der Vereinbarung einer Operation auch so vertreten wurde.<sup>640</sup> Ein Rechtsbindungswille hinsichtlich eines Heilerfolges wird aber in aller Regel nicht feststellbar sein, da sich der Arzt aufgrund der vielen Unwägbarkeiten des menschlichen Körpers aus Sicht eines objektiven Empfängers zu einem solchen nicht verpflichten will.<sup>641</sup> Der Erfolg konnte daher nicht in der Heilung des Patienten, sondern lediglich in dem *lege artis* durchgeführten ärztlichen Eingriff liegen.<sup>642</sup> Die schlichte Vornahme der vertragsgemäß zugesicherten Tätigkeit stellt jedoch keinen Erfolg im Sinne des Werkvertragsrechts dar.<sup>643</sup> Und zwar schon deshalb, weil im Falle von Komplikationen eine Abweichung von der ursprünglich vereinbarten Operation angezeigt sein kann. Der Erfolg, der ja in der Vornahme

---

*Gödicker*, MedR 2008, S. 405 und die darauf erfolgte Replik von *Schmidt*, MedR 2008, S. 408; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 96 f.; *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp*, S. 62.

<sup>635</sup> RG, JW 1888, 29; RGZ 99, 35 (36); offengelassen in RGZ 151, 351 (352); in der Folge auch BGHZ 47, 77 ff.; 63, 306 (309); 76, 259 (261); 97, 273 (276); OLG Düsseldorf, NJW 1975, 100; OLG Zweibrücken, NJW 1983, 2094 (2094); OLG Zweibrücken, GesR 2012, 503 (504); KG, MedR 2010, 35; OLGR Hamburg 2006, 120 (121). *Laufs/Kern/Kern*, 4. Auflage, § 38 Rn. 9; *Staudinger/Richardi/Fischinger* (2016), Vormerkungen zu §§ 611 ff. Rn. 56; *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, Rn. 672; *Lorenz*, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/1, § 52 I; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 ff.; *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 95; *Kahl*, JW 1930, S. 1545; *H. Schmidt*, Der Behandlungsvertrag, S. 23; *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 72; *Leonhard*, SchuldR BT II, S. 197; *Oertmann*, BGB, § 611, 1 b); grds. auch *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S. 31

<sup>636</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rn. 141.

<sup>637</sup> *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 73; *H. Schmidt*, Der Behandlungsvertrag, S. 16; *Leonhard*, SchuldR BT II, S. 212; allerdings ist § 627 Abs. 2 BGB zu beachten.

<sup>638</sup> *Achilles/Gebhard/Spahn*, Protokolle zur zweiten Lesung des BGB, Bd. 2, S. 302 f.

<sup>639</sup> Siehe hierzu MüKo BGB/*Busche*, § 631 Rn. 1 f.; *Staudinger/Peters/Jacoby* (2014), § 631 Rn. 2.

<sup>640</sup> OLG Augsburg, *Seuffert's Blätter für die Rechtsanwendung* 1907, 501; *Neumann*, Jahrbuch des Deutschen Rechts, 4. Jahrgang, § 631 Ziffer 1; *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag II, S. 433 und 878 f. (Behandlungsverhältnis in vielen Fällen Werkvertrag); *Nolte*, Die Ansprüche gegen den Ehemann, S. 6; *Enneccerus/Kipp/Wolff/Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, S. 602; *Riezler*, Der Werkvertrag, S. 92; wohl auch *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht III, S. 593 (Fn. 7); grundsätzlich halten auch *Staudinger/Peters/Jacoby* (2014), § 631 Rn. 3 eine solche Einordnung für möglich.

<sup>641</sup> BGHZ 63, 306 (309); BT-Drucks. 17/10488, S. 17.

<sup>642</sup> *Staudinger/Peters/Jacoby* (2014), Vorbem. § 631 Rn. 34; *Enneccerus/Kipp/Wolff/Lehmann*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, S. 602.

<sup>643</sup> Illustrativ *H. Schmidt*, Der Behandlungsvertrag, S. 18.

der konkret vereinbarten Behandlung liegt, wäre somit nicht eingetreten. Die Problematik dieser Sichtweise wird insbesondere deutlich, wenn der Arzt im Laufe einer Operation zu große Risiken ausmacht und den Eingriff daher abbricht. Mangels Eintritts des vereinbarten Erfolges bestünde dann auch kein Anspruch auf Vergütung.<sup>644</sup> Schließlich sind Fälle problematisch, in denen innerhalb des Behandlungsverlaufes mehrere Operationen erforderlich sind. Dogmatisch müsste man jede einzelne Operation als „Zwischenerfolg“ betrachten, was mit dem werkvertraglichen Erfolgsbegriff nicht zu vereinbaren wäre.<sup>645</sup>

Allerdings war auch die Einordnung als Dienstvertrag nicht unproblematisch. Insbesondere wurde kritisiert, dass nach der Dogmatik der §§ 611 ff. BGB der Patient Weisungsbefugnis gegenüber dem Arzt haben müsste. Der Behandlungsvertrag müsse daher auch als Vertrag *sui generis* eingeordnet werden, der sich allerdings an dienstvertraglichen Regelungen orientieren sollte.<sup>646</sup> Die Vertreter der „Dienstvertragstheorie“ parierten den Einwand dieser Ansicht mit der Argumentation, dass die Weisungen des Patienten nur als Rahmen zu verstehen seien, innerhalb dessen der Arzt seine Tätigkeit frei nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchführen könne.<sup>647</sup>

Die Einordnung im systematischen Abschnitt des Dienstvertragsrechts wurde mit Hilfe von Systematik und Wortsinn klargestellt: Die neuen Regelungen des Behandlungsvertrages wurden im Anschluss an die Regelungen zum Dienstvertrag verortet und die Formulierung „Titel 8 – Dienstvertrag“ durch die Formulierung „Titel 8 – Dienstvertrag und ähnliche Verträge“ ersetzt.<sup>648</sup> Der Behandelnde schuldet nach § 630a I BGB nur die „Leistung der versprochenen Behandlung“ und nicht etwa einen bestimmten Heilerfolg. Daneben wurde die dienstvertragliche Einordnung auch im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich bestätigt.<sup>649</sup>

Die Bestimmungen zum Behandlungsvertrag stellen letztlich aber einen Kompromiss zwischen der Einordnung als reinen Dienstvertrag und der als *contractum sui generis* unter Anwendung dienstvertraglicher Regeln dar.<sup>650</sup> Denn nach § 630b BGB sind zunächst die speziellen §§ 630a ff. BGB zu beachten. Treffen sie keine Regelung, sind die Normen über das Dienstverhältnis mit Ausnahme der Vorschriften über Arbeitsverhältnisse im Sinne des § 622 BGB anwendbar.

*In conclusio* stellt der Behandlungsvertrag einen dienstvertragsähnlichen Vertrag ohne Gesundheitsgarantie dar.

<sup>644</sup> Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 94; Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 73.

<sup>645</sup> Siehe zu diesem Erfolgsbegriff H. Schmidt, Der Behandlungs-Vertrag, S. 17 f.

<sup>646</sup> Staudinger/Kober, 2. Aufl. (1906), Vorbem. vor § 611, IV 1 d); Loewenwarter, Lehrkommentar BGB III, S. 208; Geiger, Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, S. 177 ff.; Jung, Recht auf Gesundheit, S. 164; Luig, Der Arztvertrag, S. 225 (227);

<sup>647</sup> Hagemeyer, Die Ansprüche des Arztes, S. 24.

<sup>648</sup> Spickhoff/Spickhoff, § 630a BGB Rn. 6; Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, § 14 Rn. 2.; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, Kap. 3 Rn. 26; Franzkei, Der Behandlungsvertrag, S. 58.

<sup>649</sup> BT-Drucks. 17/10488, 17.

<sup>650</sup> Franzkei, Der Behandlungsvertrag, S. 58.

## 2. Abgrenzungsfragen

Im Rahmen medizinischer Tätigkeiten sind aber auch werkvertragliche Vereinbarungen denkbar. Deren Abgrenzung zum Behandlungsvertrag erfolgt im Rahmen der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB mithilfe einer Gesamtbetrachtung. Dabei sind zum einen die vertragliche Risikoverteilung,<sup>651</sup> zum anderen aber auch die mit der Einordnung einhergehenden Rechtsfolgen – insbesondere das anzuwendende Gewährleistungsrecht – zu beachten.<sup>652</sup> So gilt bezüglich der Risikoverteilung, dass die Einordnung als Werkvertrag umso eher in Betracht kommt, je wahrscheinlicher der Eintritt eines Erfolges erscheint.<sup>653</sup> Bei reinen Diagnoseverträgen (beispielsweise zur Einholung einer zweiten Meinung), Verträge über medizinische Gutachten<sup>654</sup> und Laboruntersuchungen<sup>655</sup> lässt die Auslegung daher eine Einordnung als Werkvertrag zu. Voraussetzung ist aber, dass der Erfolg auf nach derzeitigem Stand der Wissenschaft mögliche Erkenntnisse beschränkt ist.<sup>656</sup> Die Unwägbarkeiten des menschlichen Körpers bestehen dann nicht, sodass der Arzt mit Blick auf eine adäquate Risikoverteilung das Untersuchungsergebnis als Erfolg schuldet. Aus den genannten Gründen sind auch Verträge über Röntgendiagnostik<sup>657</sup> und die Herstellung von Medizinprodukten wie Zahnprothesen als Werkverträge einzustufen.<sup>658</sup>

Der Vertrag über eine kosmetische Behandlung – gleichgültig ob indiziert oder nicht – ist dagegen grundsätzlich als Dienstvertrag einzuordnen.<sup>659</sup> Denn auch in diesem Fall liegt ein chirurgischer Eingriff vor, sodass kein Anlass besteht, von den obigen Ausführungen über den Rechtsbindungswillen des Arztes abzuweichen. Die Schönheitsoperation ist vielmehr mit den gleichen Risiken behaftet wie ein kurativer Eingriff, für dessen Erfolg der Behandelnde in der Regel nicht entstehen will. Allerdings steht es im Belieben des Arztes, einen bestimmten Erfolg in Aussicht zu stellen.<sup>660</sup> Dazu muss die Auslegung der ärztlichen Erklärung diese Rechtsfolge aber zweifelsfrei zulassen.<sup>661</sup>

<sup>651</sup> MüKo BGB/*Busche*, § 631 Rn. 19.

<sup>652</sup> Spickhoff/*Spickhoff*, § 630a BGB, Rn. 8 ff.

<sup>653</sup> BGHZ 151, 330 (333).

<sup>654</sup> Spickhoff/*Spickhoff*, § 630a BGB Rn. 9.

<sup>655</sup> LG Dortmund, MedR 2007, 493 (494).

<sup>656</sup> Vgl. MüKo BGB/*Busche*, § 631 BGB Rn. 124.

<sup>657</sup> OLG Düsseldorf, MDR 1985, 1028; MüKo BGB/*Busche*, BGB, § 631 Rn. 124; *Lux*, GesR 2004, S. 6; *Spickhoff*, VersR 2013, S. 267 (269).

<sup>658</sup> So *Franzke*, Der Behandlungsvertrag, S. 7; *Teufel*, Der Arztvertrag, S. 5; *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S. 25; *H. Schmidt*, Der Behandlungs-Vertrag, S. 16.

<sup>659</sup> BT-Drucks. 17/10488, S. 17; OLG Zweibrücken, NJW 1983, 2094; OLG Hamburg, BeckRS 2000, 13666 Rn. 17; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Rn. A 1019; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 14 Rn. 32.

<sup>660</sup> *Laufs/Kern/Rehborn/Kern/Rehborn*, § 42 Rn. 9.

<sup>661</sup> OLG Zweibrücken, NJW 1983, 2094.



## II. Krankenhausvertrag

Als Vertragspartner bei einer Behandlung des Patienten im Krankenhaus kommt zunächst der jeweilige Krankenhausträger in Betracht. Dieser ist in der Regel eine juristische Person des öffentlichen Rechts (Gemeinde, religiöser Orden) oder des Privatrechts (beispielsweise eine AG oder GmbH), teilweise auch einzelne Ärzte oder Zusammenschlüsse von Ärzten.<sup>662</sup>

Bei einer ambulanten Behandlung von Privatpatienten im Krankenhaus wird zwischen dem Betreiber der Ambulanz und dem Patienten ein Behandlungsvertrag geschlossen. Vertragspartner ist dann entweder der Klinikträger oder der die Ambulanz betreibende Arzt.<sup>663</sup> Ist der Klinikträger Vertragspartner, muss er sich das Verschulden des Behandlenden grundsätzlich nach § 278 BGB zurechnen lassen.<sup>664</sup> Das Verhalten leitender Ärzte wird über § 31 BGB zugerechnet.<sup>665</sup>

Wird der Patient dagegen stationär in einem Krankenhaus aufgenommen, erfolgt dies typischerweise nach einer der drei folgenden Vertragsformen.

### 1. Totaler Krankenhausvertrag

Von einem totalen Krankenhausvertrag ist die Rede, wenn der Krankenhausträger alleiniger Vertragspartner des Patienten wird. Die geschuldete Leistung umfasst in diesem Fall alle ärztlichen aber auch nichtärztlichen Leistungen wie Unterbringung und Verpflegung. Das schadensbegründende Verhalten leitender Ärzte wird dem Krankenhausträger dabei im Wege der Organhaftung nach §§ 31, 89 BGB zugerechnet. Ärzte, die keine Organe des Krankenhausträgers sind, Pfleger und weiteres Personal sind Erfüllungshelfen des Krankenhausträgers, sodass ihr Verhalten nach § 278 BGB zugerechnet wird.<sup>666</sup>

Gleiches gilt für die durch den Träger engagierten, freiberuflich tätigen Honorarärzte, die weder Arbeitnehmer noch Beschäftigte des Krankenhausträgers sind und für ihre Arbeit ein zuvor vereinbartes Honorar erhalten.<sup>667</sup> Ihr Anspruch auf Vergütung besteht nur gegenüber dem Krankenhausträger und nicht gegenüber dem Patienten.<sup>668</sup>

Der totale Krankenhausvertrag stellt einen typengemischten Vertrag aus behandlungs-, miet- und kaufvertraglichen Elemente dar. Nach der Absorptionsmethode<sup>669</sup> findet grundsätzlich Behandlungsvertragsrecht Anwendung, weil die

---

<sup>662</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 110; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 14 Rn. 6. Die drei größten Klinikbetreiber in Deutschland sind beispielsweise die *Fresenius Helios GmbH*, die *Asklepios GmbH* und die *Sana Kliniken AG*, siehe *Deutsches Ärzteblatt* 2015, S. A 1056 (A 1057).

<sup>663</sup> *BeckOK BGB/Katzenmeier*, § 630a Rn. 72 f.

<sup>664</sup> *Huster/Kaltenborn/Gaidzjke/Weimer*, § 15 Rn. 28.

<sup>665</sup> Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 113.

<sup>666</sup> Zu alledem: *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 113.

<sup>667</sup> *Haunau*, *MedR* 2015, S. 77, wo vertiefend auf die Rechtsstellung der Honorarärzte eingegangen wird; *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp*, S. 65.

<sup>668</sup> *BGHZ* 151, 102; *BGHZ* 172, 190; *BGHZ* 183, 143.

<sup>669</sup> Siehe hierzu ausführlich und kritisch *Larenz/Canaris*, *SchuldR BT II/2*, S. 44 ff.

Heilbehandlung den zentralen Bestandteil der Abrede darstellt.<sup>670</sup> Geht man dagegen nach der Kombinationsmethode vor, ist das Vertragsrecht des jeweils betroffenen Regelungsbereichs anzuwenden.<sup>671</sup> Da die Probleme aber meist im Rahmen der Behandlung auftreten werden, werden die Ansätze in der Regel zum selben Ergebnis kommen. Ist das einmal nicht der Fall, so verbietet sich eine schematische Lösung. Die Einordnung muss anhand des Einzelfalles unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des Vertrages vorgenommen werden.<sup>672</sup>

## 2. Gespaltener Krankenhausvertrag in Belegkrankenhäusern

Im Falle der Behandlung in einem Belegkrankenhaus schließt der Patient dagegen zwei Verträge ab. Der erste Vertrag kommt mit dem Krankenhausträger zustande. Dieser schuldet Unterbringung, Verpflegung und pflegerische sowie medizinische Dienste außerhalb der vertraglichen Pflichten, zu denen sich ein freiberuflich tätiger Belegarzt im eigentlichen Behandlungsvertrag verpflichtet.<sup>673</sup> Der Belegarzt führt in aller Regel eine ambulant begonnene Therapie mit der Infrastruktur des Krankenhauses fort. Seine Vergütung erhält er nicht durch den Krankenhausträger, sondern von dem Patienten.<sup>674</sup>

## 3. Sonderfall: Ärztliche Wahlleistungen

Eine Besonderheit besteht, wenn der Patient ärztliche Leistungen wählt, die über die allgemeinen Krankenhausleistungen in Sinne des § 2 II KHEntgG hinausgehen und gesondert vergütet werden (Wahlleistungen). Häufig wählt der Patient dabei auch den Arzt aus, der die Leistungen erbringen soll (Wahlarzt). Hierzu schreibt § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG zunächst eine Vereinbarung zwischen Patienten und Krankenhausträger<sup>675</sup> darüber vor, dass die ärztliche Wahlleistung gesondert verrechnet wird (Wahlleistungsvereinbarung).

Daneben wird in jedem Fall ein Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Klinikträger geschlossen, der die allgemeinen Krankenhausleistungen zum Gegenstand hat. Darunter fallen beispielsweise Unterkunft und Pflege des Patienten.

Schließlich ist noch ein dritter Vertrag zwischen Patienten und Wahlarzt über die wahlärztliche Leistung erforderlich (wahlärztliche Leistungsvereinbarung).

<sup>670</sup> Reiling, MedR 1995, S. 443 (447).

<sup>671</sup> MüKo BGB/Emmerich § 311 Rn. 29.

<sup>672</sup> BGHZ 173, 344 (349 f.).

<sup>673</sup> BGHZ 95, 63 (69); 121, 107 (112); RGRK/Nüßgens, § 823 Anhang II Rn. 26; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, S. 66.

<sup>674</sup> Reiling, MedR 1995, S. 443 (453).

<sup>675</sup> A.A.: Bender, VersR 2011, S. 1017 (1022) als Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, 7.4.2011 – 4 O 11065/06, wonach diese Vereinbarung auch mit dem Wahlarzt getroffen werden kann. Anders als dort dargestellt macht es für den Patienten aber durchaus einen Unterschied, ob er vom Klinikträger über die Kosten der Wahlarztbehandlung unterrichtet wird, oder von dem Wahlarzt selber, der sich als Begünstigter einer solchen Vereinbarung in einem Interessenkonflikt befindet.

Häufig wird dieser stellvertretend durch den Klinikträger geschlossen.<sup>676</sup> Die wahlärztliche Leistungsvereinbarung wird entweder als eigenständiger Behandlungsvertrag oder als Arztzusatzvertrag geschlossen. Dies hängt davon ab, welchem Modell man hinsichtlich der Vertragsgestaltung folgt.

*a. Gespaltener Krankenhausvertrag vs. Totaler Krankenhausvertrag*

aa. Gespaltener Krankenhausvertrag

Zum einen könnte man auf den gespaltenen Krankenhausvertrag zurückgreifen, wonach der Klinikträger lediglich die allgemeinen Krankenhausleistungen wie Unterbringung und Pflege schulden würde, während allein der Wahlarzt vertraglich zu den ärztlichen Wahlleistungen verpflichtet wäre.<sup>677</sup>

Da die ärztlichen Wahlleistungen dann nicht in das Pflichtenprogramm des Klinikträgers fallen, wird insoweit faktisch ein Haftungsausschluss herbeigeführt.<sup>678</sup> Diese Konstruktion wäre also von Vorteil für den Klinikträger. Für den Patienten ist sie allerdings nachteilhaft.

(1) Insolvenzzisiko

Er hätte im Falle eines Behandlungsfehlers bei der Wahlleistung nur den Wahlarzt (bzw. die Wahlärzte) als Schuldner. Unter der Prämisse, dass jeder Arzt in Deutschland eine Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat,<sup>679</sup> die etwaige Ansprüche wegen Behandlungsfehlern abdeckt, spielt die in der Regel größere Solvenz des Klinikträgers hierbei zwar nur eine untergeordnete Rolle.<sup>680</sup> Es erscheint aber zumindest möglich, dass die Haftpflichtversicherung die Schadensdeckung verweigern könnte, beispielsweise weil der Versicherungsvertrag fehlerhaft ist oder weil der Arzt im Zeitraum einer Dauerbehandlung seine Versicherung gewechselt hat und daher kurzzeitig keinen Versicherungsschutz hatte. Ferner ist an medizini-

---

<sup>676</sup> *Peris*, MedR 1998, S. 361 als Anmerkung zu BGH, MedR 1998, 361. Dabei ist das Offenkundigkeitsprinzip zu beachten, § 164 Abs. 1 S. 2 BGB, wobei aber keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind. Bestehen trotzdem Zweifel darüber, geht *Reiling*, MedR 1995, S. 443 (451 f.) von einem totalen Krankenhausvertrag ohne Vertragsbeziehung zu dem Wahlarzt aus.

<sup>677</sup> Ob ein solcher Vertrag vorliegt, wurde vom BGH zunächst offengelassen: BGHZ 89, 263; BGHZ 85, 393; BGH, NJW 1981, 2002 (2003); Quaa/Zuck/Clemens/*Quaas*, § 14 Rn. 11 spricht hier unter Bezugnahme auf Geiß/Greiner/*Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. A 50 davon, der BGH habe sich ursprünglich für einen „gespaltenen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag“ ausgesprochen. Neben der falschen Begrifflichkeit fällt aber auf, dass den genannten Urteilen keine klare höchstrichterliche Stellungnahme zu entnehmen ist.

<sup>678</sup> In diese Richtung auch *Schloffer*, MedR 2009, S. 313 (314), allerdings nimmt er einen vollständigen Haftungsausschluss bei Fehlern bezüglich aller ärztlichen Leistungen an. Richtiger erscheint es aber, den faktischen Haftungsausschluss nur für Fehler anzunehmen, die im Rahmen ärztlicher Wahlleistungen geschehen.

<sup>679</sup> Vgl. § 21 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in der Fassung des Beschlusses des 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt (MBO-Ä).

<sup>680</sup> OLG Bamberg, VersR 1994, 813 3. a); OLG Koblenz, VersR 1998, 1283; LG Nürnberg-Fürth, VersR 2011, 1017 (1019); *Kramer*, NJW 1996, S. 2398 (2400).

sche Serienschäden mit einer Vielzahl von Geschädigten zu denken, bei denen die Deckungsgrenze der Versicherung schnell erreicht und das Privatvermögen des Arztes schnell aufgebraucht sein könnte.<sup>681</sup>

Davon abgesehen stellt ein einzelner Arzt mit Blick auf die Solvenz grundsätzlich einen unsichereren Vertragspartner dar als ein unter Umständen sogar öffentlich-rechtlicher Klinikträger.<sup>682</sup>

## (2) Risiko der falschen Inanspruchnahme

Daneben ist der Patient nach dem Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages dem Risiko ausgesetzt, den falschen Passivlegitimierten in Anspruch zu nehmen. Hierfür gibt es mehrere Gründe: Zunächst ist für den Patienten nicht ohne weiteres erkennbar, dass nur der Wahlarzt Vertragspartner bezüglich der Wahlleistung ist. Denn bei Vertragsschluss steht ihm regelmäßig nur der Krankenhausträger gegenüber. Daher wird er immer davon ausgehen, dass zumindest der Träger für Pflichtverletzungen haftet und diesen im Zweifel in Anspruch nehmen.

Aber selbst bei Kenntnis der Spaltung wird dem Patienten häufig nicht klar sein, ob die ärztliche Maßnahme unter die Leistungspflicht des Wahlarztes oder die des Klinikträgers fällt,<sup>683</sup> sodass sich auch dann die Frage nach dem richtigen Anspruchsgegner für die jeweilige Pflichtverletzung stellt. Das liegt zum einen an der verstärkten horizontalen Arbeitsteilung zwischen den verschiedenen Fachrichtungen (beispielsweise zwischen Chirurgie, Anästhesie, Radiologie und Histologie), aufgrund derer es schwierig sein kann, die genaue Ursache für einen Gesundheitsschaden zu lokalisieren. Zum anderen ist auch die vertikale Arbeitsteilung zwischen Chefarzt und nachgeordneten Ärzten und Pflegepersonal eine Ursache für Unklarheiten. So kann zum Beispiel klärungsbedürftig sein, ob eine unterbliebene Maßnahme durch den leitenden Arzt erst gar nicht angewiesen wurde, oder ob der nachgeordnete Pflegedienst die erfolgte Anordnung nicht durchgeführt hat. Im letzteren Fall läge der Fehler damit in der Sphäre des Krankenhausträgers und gerade nicht bei dem privat liquidierenden Arzt.<sup>684</sup>

Das gleiche Problem ergibt sich für den Patienten, wenn ihm durch die sogenannte Wahlartzkette eine Reihe von Vertragspartnern gegenüberstehen. Dem liegt der Umstand zugrunde, dass die Wahlarztvereinbarung wegen der Erstreckungsklausel in § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG für alle Personen gilt, die an der Wahlbehandlung mitwirken und deren Honorar gesondert berechnet wird. So

---

<sup>681</sup> Beispielhaft sei hier der Fall des sog. Bestrahlungsskandals im Universitätskrankenhaus Hamburg-Eppendorf genannt, wo der behandelnde Radiologe mehrfach seine Haftpflichtversicherung gewechselt hatte und daher Zweifel bestanden, ob er mit Blick auf die große Anzahl an Klagen ein solventer Schuldner war, siehe: *Spickhoff*, NZS 2004, S. 57 (61); *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 51.

<sup>682</sup> *Spickhoff*, NZS 2004, S. 57 (63); *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 56.

<sup>683</sup> BGHZ 95, 63 (69).

<sup>684</sup> *Kramer*, NJW 1996, S. 2396 (2402 f.).

kann also nicht nur eine gesonderte Vertragsbeziehung zu dem Operateur bestehen, sondern auch zu dem bei der Operation mitwirkenden Anästhesisten.<sup>685</sup> Daher kann es zu einer Vielzahl von Vertragsbeziehungen mit verschiedenen privatliquidierenden Chefärzten kommen. Durch die damit verbundene Zunahme der Komplexität der Vertragsverhältnisse wird es dem Patienten erschwert, im Schadensfall den Schuldner zu benennen, aus dessen Bereich der Behandlungsfehler stammt.

Es kann für den Patienten daher aus verschiedenen Gründen unklar sein, an welche Person er sich hinsichtlich seiner Ansprüche zu halten hat. Das Risiko der Inanspruchnahme eines Beteiligten, bei dem sich im Nachhinein herausstellt, dass er den Gesundheitsschaden nicht zu verantworten hat, liegt beim Patienten.<sup>686</sup>

### (3) Einsichtnahme in die Behandlungsunterlagen

Problematisch kann ferner auch die Geltendmachung des Rechts der Patienten auf Einsicht in die Behandlungsunterlagen nach § 630g BGB werden. Dieses Recht besteht jeweils gegenüber dem einzelnen Vertragspartner, trotzdem wird die Führung der Patientenakte in aller Regel im Aufgabenbereich des Krankenhausträgers liegen.<sup>687</sup> Verlässt der Wahlarzt zwischenzeitlich die Klinik, werden die Krankenakten dort verbleiben, sodass er seiner Pflicht auf Einsichtsgewährung nicht nachkommen könnte.<sup>688</sup> Aus Sicht des Patienten ist es daher vorteilhaft, wenn im Zweifel zumindest immer auch der Klinikträger haftet.

### bb. Totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag

Aufgrund der beschriebenen Nachteile ist grundsätzlich vom gesetzlichen Regelfall<sup>689</sup> des totalen Krankenhausvertrages mit dem Klinikträger auszugehen. Dieser enthält sowohl die Pflicht zur Erbringung der allgemeinen Krankenhausleistungen als auch der ärztlichen Wahlleistungen.<sup>690</sup> Hinzu tritt ein zusätzlicher Vertrag mit

---

<sup>685</sup> *Kramer*, NJW 1996, S. 2398 (2400 f.).

<sup>686</sup> *Spickhoff*, VersR 1998, S. 1189 unter III. 4. d) 1); *Schinnenburg*, MedR 2000, S. 311; *Spickhoff*, NZS 2004, S. 57 (60). Wegen dieser Unklarheiten wird in Fällen, in denen eine Hilfstätigkeit des Krankenhauspersonals nur schwerlich dem Krankenhausträger bzw. dem Wahlarzt zugeordnet werden kann, vertreten, auch im Rahmen eines gespaltenen Krankenhausvertrages eine gesamtschuldnerische Haftung von Träger und Arzt zu bejahen. Dies gelte insbesondere für unteilbare, einheitliche Operationsvorgänge. Siehe dazu *Daniels*, NJW 1972, S. 305 (307); ebenso *Reiling*, MedR 1995, S. 443 (454).

<sup>687</sup> *Kramer*, NJW 1996, S. 2396 (2403).

<sup>688</sup> *Kramer*, NJW 1996, S. 2398 (2403).

<sup>689</sup> *Steffen*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S. 5.

<sup>690</sup> BGHZ 95, 63 (68 ff.); BGHZ 121, 107 (111); BGHZ 138, 91 (96 f.); BGH, NJW-RR 2006, 811 (812); OLG München, Urteil vom 07. 08. 2008 – 1 U 4979/07 –, juris; LG Nürnberg-Fürth, VersR 2011, 1017 (1018); im Ergebnis ebenso: *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 119; *Quaas/Zuck/Clemens/Quaas*, § 14 Rn. 11; *Reiling*, JZ 1993, S. 1062 (1065); *Uhlenbruck*, NJW 1973, S. 1399 (1401); *Gitter*, Zum Privatliquidationsrecht der leitenden Krankenhausärzte, S. 30 und 40; vgl. auch *Luig*, Der Arztvertrag, S. 256, wonach Krankenhaus und Chefarzt als Gesamtschuldner hinsichtlich der Heilbehandlung agieren.

dem Wahlarzt (Arztzusatzvertrag), sodass der Patient mindestens zwei Schuldner bezüglich der ärztlichen Wahlleistung hat, die ihm gesamtschuldnerisch haften.<sup>691</sup>

Diese Auffassung resultiert aus der Auslegung der Willenserklärung des Patienten nach §§ 133, 157 BGB, der mit der Entscheidung für eine Wahlleistung regelmäßig nicht den Krankenhausträger entlasten, sondern einen weiteren Schuldner „hinzukaufen“ will.<sup>692</sup> Bei der Aufnahme in das Krankenhaus sei es regelmäßig der Krankenhausträger und nicht der einzelne Arzt, der dem Patienten als Vertragspartner gegenübertritt. Das gelte auch für die Verabredung von Wahlleistungen, die ebenfalls mit dem Träger getroffen wird.<sup>693</sup> Der Patient läuft auch nicht Gefahr, auf Grund der komplexen Haftungsverhältnisse bei stationären Krankenhausbehandlungen fälschlich einzelne Ärzte zu verklagen, da er im Zweifel immer den Krankenhausträger in Anspruch nehmen kann. Dieser haftet entweder auf Grund eigenen Organisationsverschuldens oder weil man ihm das Verschulden seiner Erfüllungshelfen bzw. Organe zurechnen kann.<sup>694</sup> Auch geht der Patient regelmäßig davon aus, dass er sich mit Vereinbarung einer Zusatzleistung insgesamt besser stellt als ein Patient, der keine Zusatzvereinbarung schließt.<sup>695</sup> Schließlich ist für die Wahl des Krankenhauses durch den Patienten nicht nur die Person des behandelnden Arztes, sondern allgemein der Ruf des Krankenhauses entscheidend,<sup>696</sup> sodass der Krankenhausträger selbst für die Wahl des Patienten von nicht zu unterschätzender Relevanz ist.

cc. Anderweitige vertragliche Abrede

Zu einem anderen Ergebnis kann die Auslegung der Patientenerklärung nur kommen, wenn der Patient sich der Risiken bewusst ist und ihrer Übernahme trotzdem zustimmt.

Aufgrund der wesentlichen Beschneidung der Rechtsstellung des Patienten gehen weite Teile der Literatur<sup>697</sup> davon aus, dass Spaltungsklauseln im Rahmen ärztlicher Wahlleistungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam sind.

<sup>691</sup> *Diederichsen*, Die Vergütung ärztlicher Leistung im Krankenhaus, S. 9; *Franzkei/Hansen*, NJW 1990, S. 737 (739); *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 52; a.A.: *Reiling*, MedR 1995, S. 443 (452), wonach auch nur ein totaler Krankenhausvertrag mit dem Klinikträger bestehen kann.

<sup>692</sup> BGHZ 95, 63 (69); 121, 107 (112); 138, 91 (96); *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp*, S. 67.

<sup>693</sup> BGHZ 95, 63 (68).

<sup>694</sup> *Kramer*, NJW 1996, S. 2396 (2398 und 2403).

<sup>695</sup> OLG München, Urteil vom 12. März 2009 – 1 U 2709/07 –, juris, Rn. 49.

<sup>696</sup> BGHZ 95, 63 (69).

<sup>697</sup> *Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen*, AGB-Recht, Teil 2 (28) Rn. 1; *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 122; *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, S. 187; *Spickhoff/Kutlu*, § 307 BGB Rn. 4; *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S. 56; *Spickhoff*, NZS 2004, S. 57 (63); *Spickhoff*, VersR 1998, S. 1189 (1193 ff.); *Kramer*, NJW 1996, S. 2398 (2404 ff.); a.A.: OLG Koblenz, VersR 1998, 1283; LG Nürnberg-Fürth, MedR 2011, 733 m. Problemstellung *Ballhansen* = VersR 2011, 1017 (1018 f.) mit Anmerkungen *Bender*, RGRK/Nießgens, § 823 Anhang II Rn. 29 f.

Dabei erscheint ein Argument besonders erwähnenswert: Dem in der Regel schwer erkrankten Krankenhauspatienten sei es schlichtweg unzumutbar, das erhöhte Prozessrisiko eines fälschlich angenommenen Passivlegitimierten zu tragen. In seiner Situation habe er regelmäßig andere Sorgen, als bei der Einlieferung darüber zu entscheiden, ob er den Krankenhausträger aus seiner Haftung entlassen will.<sup>698</sup>

Die Rechtsprechung hält solche Klauseln dagegen nicht per se für unwirksam, stellt aber dennoch besondere Anforderungen an die Wirksamkeit einer entsprechenden Klausel: Die Folgen, dass der Krankenhausträger nicht für ärztliche Fehlleistungen haftet und des damit verbundenen faktischen Haftungsausschlusses müssen für den Patienten bei der Unterschrift klar erkennbar sein.<sup>699</sup> Erforderlich sei eine drucktechnische Hervorhebung, beispielsweise in Form eines Fettdrucks.<sup>700</sup> Sind diese Anforderungen erfüllt, sei der Patient hinreichend geschützt. Die Entscheidung einer für ihn ungünstigeren Vertragsgestaltung beruhe dann auf seinem freien Entschluss.<sup>701</sup>

Allerdings erscheint eine drucktechnische Hervorhebung vor dem Hintergrund, dass dem Patienten in vielen Fällen in Folge seines Leidens eine eingeschränkte Wahrnehmungs- und Aufmerksamkeitsfähigkeit zu attestieren sein dürfte, nicht geeignet, um ihm die erheblichen Risiken des Vertragsschlusses vor Augen zu führen. Es ist vielmehr zu fordern, dass über diese derart gewichtige Frage eine ausdrückliche Einigung im Wege einer Individualvereinbarung stattgefunden hat. Fehlt es an einer solchen, ist von dem für den schutzwürdigen Patienten günstigeren Fall des totalen Krankenhausvertrages mit Arztzusatzvertrag auszugehen.

### III. Arbeitsrechtliche Vertragsgestaltungen

Zu den Verträgen über die medizinische Behandlung treten auch solche, die das Arbeitsverhältnis zwischen Arzt und Klinikträgern regeln. Im Allgemeinen werden zwischen Krankenhausträger und den angestellten Ärzten Arbeitsverträge geschlossen. Der Krankenhausträger bedient sich zur Erfüllung seiner Pflichten aus den Behandlungsverträgen mit den Patienten der Arbeitskraft des Arztes, der hierfür eine Vergütung erhält. Das gilt grundsätzlich auch für Chefarztverträge zwischen Krankenhausträger und Arzt, die der Tätigkeit eines leitenden Arztes im Krankenhaus sein Gepräge geben. Teilweise sind Chefarzte auch zur Privatliquida-

---

<sup>698</sup> Ballhausen, MedR 2011, S. 733 unter Verweis auf: Spickhoff, NZS 2004, S. 57 (62 f.); Deutsch, NJW 1983, S. 1351 (1353); Andeutungsweise auch Kramer, NJW 1996, S. 2398 (2399); vgl. ferner Ulmer/Brandner/Hensen/Hensen, 7. Auflage, Anhang §§ 9-11 Rn. 450.

<sup>699</sup> BGHZ 95, 63 (68); 121, 107.

<sup>700</sup> BGHZ 121, 112; ebenso: Schloßer, MedR 2009, S. 313 (318).

<sup>701</sup> Anders liegt der Fall, wenn sich der Patient auf Grund der Schwere der Verletzung bzw. Erkrankung in einem die freie Willensbildung ausschließenden Zustand befindet. Dann kommt überhaupt keine vertragliche Abrede zustande, sodass auch kein wirksamer Haftungsausschluss des Krankenhausträgers vorliegen kann.

tion berechtigt und haben im Gegenzug eine Abgabe für die Benutzung des Klinikinventars zu entrichten. Vielfach wird über ein solches Liquidationsrecht des Chefarztes ein zusätzlicher Vertrag geschlossen.<sup>702</sup>

Kein Arbeitsvertrag liegt dagegen bei Belegarztverträgen vor. Hierbei räumt der Klinikbetreiber dem Belegarzt die Möglichkeit zur Benutzung seiner Infrastruktur ein, ohne dass der Arzt eine Vergütung erhält. Der Belegarzt schließt mit den Patienten Behandlungsverträge und erhält seine Vergütung von diesen. Das zugrundeliegende Schuldverhältnis zwischen Klinikbetreiber und Arzt kann als typengemischter Vertrag aus Leihe, Dienstverschaffungsvertrag und Gesellschaft bezeichnet werden.<sup>703</sup> Teil der Regelung ist dabei auch die Beschäftigung nachgeordneter Ärzte und die Kostentragung für deren Tätigkeit sowie der Einsatz des Pflegepersonals.

#### **IV. Zusammenfassung der möglichen Vertragsgestaltungen im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit**

Als mögliche Konstellation kommt also zunächst der modellhafte Behandlungsvertrag zwischen Privatpatienten und niedergelassenem Arzt in Betracht. Dieser stellt einen dienstvertragsähnlichen Vertrag ohne Gesundheitsgarantie dar. Im Einzelfall kann jedoch eine Abgrenzung insbesondere zum Werkvertrag erforderlich sein. Ein Werkvertrag kommt umso eher in Betracht, je wahrscheinlicher der Eintritt eines Erfolges ist, sodass man einen dahingehenden Rechtsbindungswillen feststellen kann. Beispielhaft seien Laboruntersuchungen, medizinische Gutachten und die Herstellung von Medizinprodukten wie z. B. Zahnprothesen genannt.

Daneben führt die Behandlung in einem Krankenhaus zu einer komplexen Vertragsgestaltung. In Betracht kommt zunächst der Krankenhausträger als Vertragspartner, es gibt jedoch auch Fälle, in denen der Behandlungsvertrag mit einem einzelnen Arzt geschlossen wird. Erfolgt die Behandlung ambulant, kommt der Vertrag mit dem Betreiber der Ambulanz zustande. Das kann grundsätzlich sowohl der Krankenhausträger als auch der dazu ermächtigte Arzt sein.

Wird der Patient stationär aufgenommen, sind drei Vertragsformen denkbar. Wird ein totaler Krankenhausvertrag geschlossen, ist alleiniger Vertragspartner der Krankenhausträger. Er schuldet die ärztliche Behandlung und erhält im Gegenzug einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung.

In Belegkrankenhäusern wird ein gespaltener Krankenhausvertrag geschlossen. Der Krankenhausträger schuldet nichtmedizinische Leistungen wie Unterbringung, Verpflegung etc., während der Belegarzt einen Behandlungsvertrag mit dem

---

<sup>702</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 180.

<sup>703</sup> So die Berufungsinstanz in BGH, NJW 1972, 1128, die Frage wurde von der Revisionsinstanz letztlich aber offengelassen, siehe BGH, NJW 1972, 1128 (1129); dem Berufungsgericht folgend: *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 186.



Patienten abschließt. In dieser Konstellation schuldet folglich allein der Belegarzt die ärztliche Leistung und hat auch allein einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung.

Einen Sonderfall bildet schließlich der Bereich ärztlicher Wahlleistungen. Neben einem Krankenhausaufnahmevertrag zwischen Patienten und Klinikträger wird auch eine wahlärztliche Leistungsvereinbarung zwischen Patienten und Wahlarzt geschlossen, die entweder einen eigenständigen Behandlungsvertrag nur mit dem Wahlarzt oder – nach dem gesetzlichen Regelfall – einen Arztzusatzvertrag neben dem Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger darstellt. Folgt die Vertragsgestaltung dem Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages, kommt ein Behandlungsvertrag über die ärztliche Wahlleistung allein mit dem Wahlarzt zustande. Damit schuldet er allein die Wahlleistung und hat im Gegenzug Anspruch auf Zahlung der Vergütung hierfür. Wird ein totaler Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag geschlossen, schulden sowohl Krankenhausträger als auch Wahlarzt die wahlärztliche Leistung.

Neben der Vertragsbeziehung zwischen Arzt und Patienten sind arbeitsrechtliche Vertragskonstellationen von hoher Relevanz. So besteht zwischen im Krankenhaus angestellten Ärzten und Klinikträgern ein Arbeitsverhältnis nach § 611 BGB bzw. Chefarztverträge. Mit Belegärzten werden Belegarztverträge zwischen Klinikträger und Arzt geschlossen.



## § 6 Vorfrage: Inwieweit kann das öffentliche Recht das Privatrecht überhaupt beeinflussen?

Bevor die Auswirkungen des Approbationsentzuges auf die zivilrechtlichen Vertragsbeziehungen untersucht werden, ist grundsätzlich zu klären, inwieweit das öffentliche Recht überhaupt Einfluss auf zivilrechtliche Rechtsbeziehungen haben kann.

In der Literatur wird der Schwerpunkt häufig auf die Unterschiede zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht gelegt, um die Rechtsgebiete voneinander abzugrenzen.<sup>704</sup> Dabei entsteht leicht der Eindruck, bei den Teilrechtsordnungen handele es sich um feste Sinngebilde mit starren Grenzen, die sich gegenseitig ausschließen.<sup>705</sup> Wie kann es also dazu kommen, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften und Behördenentscheidungen die „Grenze“ zum Zivilrecht passieren und auch dort Wirkungen entfalten?

Zur Beantwortung dieser Frage ist zunächst das Verfassungsrecht aus der Betrachtung auszuklammern. Denn die Verfassung stellt den Rahmen der Gesamtrechtsordnung dar, der im Verwaltungsrecht ebenso zu beachten ist wie im Zivil-

---

<sup>704</sup> Siehe Maurer/Waldhoff/Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 3 Rn. 10 ff.; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, S. 146 ff.; Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 2 Rn. 18.

<sup>705</sup> Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 8.

recht.<sup>706</sup> Die Vorfrage betrifft damit allein das Verhältnis zwischen Zivil- und Verwaltungsrecht, nicht aber das ebenfalls öffentlich-rechtliche Verfassungsrecht.

Vor Inkrafttreten des BGB wird die Haltung der damaligen Jurisprudenz zu dieser Thematik an einer Reichsgerichtsentscheidung deutlich. Dieses formulierte, es könne

„[...] als Regel hingestellt werden, daß eine an sich nicht rechtswidrige Handlung auch dadurch, daß sie aus gewerbepolizeilichen oder anderen ähnlichen Gründen verboten wird, den Charakter der Rechtswidrigkeit in den Privatrechtsbeziehungen der daran beteiligten Personen nicht annimmt [...].“<sup>707</sup>

*Westphal* zieht aus diesen Worten einen Rückschluss auf den damals vorherrschenden Zeitgeist, wonach die strikte Trennung von Staat und Gesellschaft mit einer ebensolchen zwischen Öffentlichem Recht und Zivilrecht einherging.<sup>708</sup> Diese Einschätzung bestätigt sich bei einer Sichtung der zeitgenössischen Literatur.<sup>709</sup> So wurde beispielsweise die Möglichkeit der Privatrechtsgestaltung durch den Verwaltungsakt für unmöglich gehalten. Öffentlich-rechtliche Rechtsinstitute mit unmittelbarer zivilrechtlicher Wirkung seien ausgeschlossen.<sup>710</sup> Die Ursache der Differenzierung liegt in der Entstehung des modernen Staates, dessen Sonderrecht parallel zur Entwicklung des Staatswesens immer deutlicher hervortrat. Ferner trug auch der vermehrte Wunsch der Bürger nach Emanzipation von der staatlichen Bevormundung, der im 19. Jahrhundert aufkam, zu der Differenzierung bei. Die Vorstellung vom Privatrecht als Rechtsordnung der Freiheit bedurfte einer deutlichen Separierung von dem als unfrei empfundenen öffentlichen Recht.<sup>711</sup>

In der Folge nahm die Entwicklung allerdings einen anderen Weg. Schon ab 1878 hatte die Obrigkeit verstärkt in den freien Markt eingegriffen, indem beispielsweise das Sozialversicherungsrecht sowie das Wettbewerbsrecht Einzug in die Rechtsordnung hielten. Ab 1914 beschleunigte das Kriegsverwaltungsrecht diese Entwicklung zusätzlich.<sup>712</sup> Die strikte Trennung der Rechtsgebiete wurde aufgegeben und veränderte sich hin zu einem Nebeneinander der Normberei-

<sup>706</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7 (14); *Schwab/Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 81 f.

<sup>707</sup> RG, PrJMBL 1882, 2 (4).

<sup>708</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 46.

<sup>709</sup> *Endemann*, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, S. 115.

<sup>710</sup> *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I (1. Auflage von 1895), S. 145 f.; noch deutlicher in *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I (2. Auflage von 1914), S. 121.

<sup>711</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 41 (55).

<sup>712</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*Stolleis*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 41 (58).

che,<sup>713</sup> woraus sich schließlich mehr und mehr eine „*Durchwachsung des privaten mit öffentlichem Recht*“<sup>714</sup> entwickelte.

Heutzutage sollen die Rechtsgebiete möglichst wirkungsvoll miteinander verbunden werden, wo Austausch und Verschränkungen erforderlich sind.<sup>715</sup> Insbesondere sollen Bedürfnisse, die von einer Teilrechtsordnung nicht hinlänglich befriedigt werden können, von der anderen gewissermaßen „aufgefangen“ werden.<sup>716</sup>

Die Privatrechtsordnung ist danach trotz des grundsätzlich freien Marktes nicht staatsfern, vielmehr muss der Staat der Privatautonomie der Bürger einen geeigneten Rahmen schaffen.<sup>717</sup> Dies entspricht auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben. Die Privatautonomie ist letztlich Ausfluss aus Art. 2 Abs. 1 GG.<sup>718</sup> Sie besteht mithin nicht unbeschränkt, sondern findet ihre Grenzen dort, wo die Rechte anderer verletzt werden, oder wo gegen die verfassungsgemäße Ordnung oder die Sittengesetze verstoßen wird. Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen kann der Gesetzgeber daher in die Privatautonomie eingreifen. Dieser Eingriff kann sowohl durch zivilrechtliche Normen als auch durch solche des öffentlichen Rechts erfolgen. Prinzipiell kann ein Eingriff daher auch durch öffentlich-rechtliche Verbotsgesetze erfolgen. Die Väter des BGB haben in einigen Vorschriften Einbruchstellen für die Normen des öffentlichen Rechts geschaffen. Neben den §§ 138, 242, 823 Abs. 2 und 826 BGB ist insbesondere § 134 BGB zu nennen. Diese Norm bewirkt, dass öffentlich-rechtliche Verbote auch im Zivilrecht Wirkung entfalten und damit eine zusätzliche Sanktion zur Folge haben.<sup>719</sup> Weil damit sozusagen die Transformation öffentlich-rechtlicher Wertungen in das Zivilrecht möglich wird, kann man die Vorschrift als Transformationsnorm be-

<sup>713</sup> Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 77.

<sup>714</sup> Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 48; Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Trute, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 167 (169) spricht von einer ständigen Verzahnung von Öffentlichem und Privatrecht. Ebenso Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 261 (278 ff.) und Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, Rn. 91; auch Wagner, AcP 206, S. 352 (355) konstatiert ein „*Verschwimmen*“ der Teilrechtsordnungen; Stadler, Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten, S. 56 spricht für das schweizerische Recht von einer „*Durchdringung*“ der Teilrechtsordnungen.

<sup>715</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7 (15); zustimmend: Wagner, AcP 206, S. 352 (432); Bullinger, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 75 ff. und passim wirbt für ein „*Gemeinrechtsdenken*“ welches die herkömmlichen Grenzen der Teilrechtsgebiete überwindet.

<sup>716</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7 (8); Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 261 (271).

<sup>717</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 7 (16); Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Trute, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 167 (173).

<sup>718</sup> BeckOK GG/Lang, Art. 2 Rn. 5a.

<sup>719</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Trute, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S. 167 (180).

zeichnen.<sup>720</sup> Bei ihrer Anwendung stellt sich daher immer die grundsätzliche Frage, ob es überhaupt erforderlich ist, die öffentlich-rechtliche Wertung in das Zivilrecht zu übernehmen, oder ob öffentlich-rechtliche Sanktionen ausreichen, um die Durchsetzung der Vorschrift zu gewährleisten. Diese Frage wird entscheidend durch das Telos des jeweiligen Verbotsgesetzes beeinflusst.<sup>721</sup>

---

<sup>720</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 1; BeckOGK BGB/Vossler § 134 Rn. 1; Wolf/Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 2, die in dem Mechanismus einen Scharnier erblicken, durch den die wertungsmäßige Einheit der Rechtsordnung sichergestellt wird; Beater, AcP 1994, S. 505 (507) spricht von einer Umschaltnorm; Jäpel, Gesetzliches Verbot, S. 27 f.: „Verbindungsnorm“; Taupitz, JZ 1994, S. 221 (225) „Transmissionsriemen staatlicher Intervention“; nach Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 19 stellt die Norm eine Grundsatzentscheidung zugunsten des Vorrangs staatlicher Wirtschaftsordnung gegenüber der Privatautonomie dar; allgemein zu Transformationsnormen: Ahlers, Verbraucherschutz durch deliktische Transformationsnormen, S. 37 f., der allerdings den Begriff der „Transfornorm“ bevorzugt (S. 57); ansatzweise auch Schmidt-Kessel, VuR 2013, S. 81 f.

<sup>721</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 7 I. 1. b.

## § 7 Anwendbarkeit des § 134 BGB

So ist es dann auch § 134 BGB, der im Falle einer *ex tunc* zurückgenommenen Approbation die Rechtsfolgen im Zivilrecht maßgeblich bestimmen könnte. Soweit ersichtlich hatte die Rechtsprechung bisher in zwei Fällen darüber zu entscheiden, wie sich eine fehlende Approbation auf die zivilrechtlichen Verträge des Behandelnden auswirkt: Dem Oberlandesgericht Düsseldorf lag im Jahr 1987 ein Fall vor, in dem ein türkischer Staatsangehöriger die Vertretung einer niedergelassenen Ärztin übernommen hatte, obwohl er nur über eine auf die Ausübung der ärztlichen Tätigkeit in einem Krankenhaus beschränkte Erlaubnis verfügte.<sup>722</sup> Das Gericht erklärte den Praxisvertretungsvertrag nach § 134 BGB iVm. § 2 BÄO für nichtig und stellte darüber hinaus auch die Nichtigkeit der Verträge zwischen Behandelndem und Patienten fest. Ebenso ging das Bundesarbeitsgericht im Jahr 2004 gem. § 134 BGB von der Nichtigkeit eines Arbeitsvertrages aus, der zwischen einem nicht approbierten Arzt und einem Krankenhausträger geschlossen wurde.<sup>723</sup> In beiden Fällen wurde auf den Zweck des § 2 BÄO abgestellt, die Patienten vor den Gefahren einer unsachgemäßen Behandlung zu schützen.<sup>724</sup> Deshalb sei die Nichtigkeitsfolge erforderlich. Das Verbot könne nur zuverlässig

---

<sup>722</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308.

<sup>723</sup> BAG, NZA 2005, 1409.

<sup>724</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308 unter I. 1. b).

durchgesetzt werden, indem die beiderseitigen Erfüllungsansprüche vernichtet werden.<sup>725</sup>

Beide Entscheidungen betrafen allerdings den Fall, dass eine Approbation von vornherein nicht vorlag. Dies kommt dem hier zu untersuchenden Fall der Nichtigkeit der Approbation *ex tunc* im Ergebnis zwar sehr nahe. Nichtsdestotrotz gilt es, diesen Unterschied bei der Bewertung nicht außer Acht zu lassen. Da beide Urteile ihren Aufhänger in § 134 BGB finden, soll zunächst diese Norm in den Blickpunkt gerückt werden.

## I. Darstellung des § 134 BGB

§ 134 BGB ordnet an, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, *ipso iure* nichtig ist, sofern sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Die Vorschrift stellt eine Einschränkung der Privatautonomie für Fälle dar, in denen zivilrechtliche Rechtsgeschäfte gegen öffentlich-rechtliche Verbote verstoßen. Der Normzweck liegt in der Gewährleistung der Einheit und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.<sup>726</sup> Nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung stellt die Gesamtrechtsordnung ein geschlossenes System dar, in dem Widersprüche zu vermeiden sind.<sup>727</sup> Ein Widerspruch entsteht aber, wenn die zivilrechtlichen Vertragspartner ein Rechtsgeschäft, das gegen öffentlich-rechtliche Verbote verstößt, mit Hilfe der Gerichte und der staatlichen Zwangsvollstreckung durchsetzen könnten.<sup>728</sup> Das öffentliche Recht würde damit dazu genutzt, seine eigenen Ziele und Vorgaben zu torpedieren. Um dies zu vermeiden, erklärt § 134 BGB solche Rechtsgeschäfte für nichtig.

Es stellt sich mit Blick auf die einleitend geschilderten Urteile die Frage, ob die im Rahmen der ärztlichen Tätigkeit geschlossenen Verträge bei einem rückwirkenden Entzug der Approbation nach § 134 BGB nichtig sind. Zur Beantwortung werden der Übersichtlichkeit halber zunächst Tatbestand und Rechtsfolgen der Vorschrift im Rahmen einer allgemeinen Betrachtung analysiert.<sup>729</sup> Hintergrund ist, dass sich bei der Anwendung des § 134 BGB eine Vielzahl von Problemen stellt, die sich letztlich auf die zu beantwortende Frage auswirken. Bei der darauffolgenden Untersuchung der konkreten Fragestellung kann dann auf diese Ergebnisse rekuriert werden.

---

<sup>725</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>726</sup> BeckOGK BGB/Vossler, § 134 Rn. 1 und 10; NK-BGB/Looschelders, § 134 Rn. 1.

<sup>727</sup> Krnis, NVwZ 2012, S. 797 (799).

<sup>728</sup> BeckOK BGB/Wendtland, § 134 Rn. 1.

<sup>729</sup> Für eine rechtsvergleichende Analyse der Vorschrift siehe Kötz, RabelsZ 1994, 209 ff.



## 1. Tatbestand des § 134 BGB

Die Regelung setzt voraus, dass ein Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat.

### a. *Verbotsgesetz nach § 134 BGB*

Als (Verbots-)Gesetz kommen nach Art. 2 EGBGB zunächst alle Rechtsnormen in Betracht, worunter neben formellen auch die materiellen Gesetze fallen.<sup>730</sup> Der Verbotscharakter eines Gesetzes ist durch Auslegung zu ermitteln. Folgende Kriterien können dabei herangezogen werden:

#### aa. Wortsinn

Die gemeinhin zunächst vorgenommene Auslegung nach dem Gesetzeswortsinn ist für die Qualifizierung einer Norm als Verbotsgesetz nur bedingt geeignet.<sup>731</sup> Denn der Gesetzgeber hat sich bei der Formulierung von Verbotsgesetzen keiner einheitlichen Terminologie bedient.<sup>732</sup> Vielmehr differiert diese zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten und ist abhängig vom Entstehungszeitpunkt der jeweiligen Norm. Beispielsweise ist der Formulierung des um exakte Sprache bemühten BGB mehr Gewicht beizumessen als der Wortwahl in späteren Gesetzen.<sup>733</sup> Wie wenig Bedeutung der grammatischen Auslegung zukommen sollte, zeigen die Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung zu diesem Thema: So wird die Formulierung „darf nicht“ teilweise als Argument für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes herangezogen.<sup>734</sup> Nach anderer Auffassung sind Verbotsgesetze mit Nichtigkeitsfolge dagegen in der Regel in der Form des „kann nicht“, „ist unzulässig“ oder „ist nicht übertragbar“ gefasst, wohingegen die Formulierung „darf nicht“ genutzt werde, wo andere Rechtsfolgen eintreten sollen.<sup>735</sup> Ähnlich konträr sind die Auffassungen mit Blick auf die Wendung „soll nicht“.<sup>736</sup>

Dem Wortsinn sollte daher bei der Auslegung nicht zu viel Bedeutung beigegeben werden.

---

<sup>730</sup> Palandt/*Ellenberger*, § 134 Rn. 2; NK-BGB/*Looschelders*, § 134 Rn. 20; *Bork*, BGB AT, Rn. 1091; sowie eingehend *Beater*, AcP 197, 505 (512 ff.); zweifelnd MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 30.

<sup>731</sup> A.A. offenbar *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 29 Rn. 3.

<sup>732</sup> Vgl. hierzu schon die Kritik in *Endemann*, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, S. 127.

<sup>733</sup> MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 45.

<sup>734</sup> *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 8, die bei dieser Formulierung zwar ein Verbotsgesetz als solches bejahen, aber auch klarstellen, dass damit noch nichts über die Rechtsfolge eines Verstoßes gesagt ist, ebenso schon *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 74; *Larenz*, BGB AT, S. 430; siehe auch *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 321; *Erman/Arnold*, § 134 Rn. 13.

<sup>735</sup> LG Köln, MDR 1974, 143; ebenso *Staudinger/Coing* (11. Auflage), § 134 Rn. 9.

<sup>736</sup> Siehe hierzu insgesamt die Darstellung bei MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 43 ff.; *Bork*, BGB AT, Rn. 1092; auch der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die begrenzte Aussagekraft des Gesetzeswortlauts bewusst, BGHZ 118, 142 (146); anders jedoch noch BGHZ 78, 269 (272), wo mit dem Wortlaut argumentiert wird, ebenso OLG Frankfurt, NJW 1965, 42 (44).

## bb. Teleologische Auslegung

Entscheidendes Kriterium zur Feststellung des Verbotscharakters ist der Sinn und Zweck der Vorschrift.<sup>737</sup> Dieser ist zunächst zu ermitteln. Sodann ist in einem zweiten Schritt festzustellen, ob zur Erreichung dessen zivilrechtliche Sanktionen erforderlich sind, oder ob nicht schon öffentlich-rechtliche Sanktionen ausreichen.<sup>738</sup> Wenn man § 134 BGB als Umschaltnorm zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht begreift, kann die Feststellung des Verbotsgesetzcharakters als grundsätzliche Weichenstellung begriffen werden, an der sich lediglich entscheidet, ob der öffentlich-rechtlichen Norm überhaupt zivilrechtliche Wirkung zukommen soll. Ein vorschnelles Ausscheiden auf Tatbestandsebene führt zur Unanwendbarkeit der – wie noch zu zeigen sein wird – flexiblen Rechtsfolgen des § 134 BGB. Ausgehend von Sinn und Zweck der Verbotsnorm ist daher ein weites Verständnis des Begriffs angezeigt und im Zweifel von einem Verbotsgesetz auszugehen.

## cc. Einseitiges oder beidseitiges Verbot

*Armbrüster* wirft die Problematik auf, ob schon für die Frage des Vorliegens eines Verbotsgesetzes darauf abgestellt werden kann, ob sich das Verbot gegen beide Vertragsparteien richtet, oder ob es nur an eine Partei adressiert ist.<sup>739</sup> Hierzu zitiert er mehrere Quellen, die dies bejahen sollen. Tatsächlich wird aber an keiner der angeführten Textstellen eine solche Differenzierung auf Tatbestandsebene eindeutig vertreten. So führt *Armbrüster* die Motive zum BGB als Beleg an. Die dortigen Ausführungen betreffen jedoch die Rechtsfolge und nicht die Frage, ob überhaupt ein Verbotsgesetz vorliegt.<sup>740</sup>

Auch die weiteren Quellen sind als Beleg dieser Auffassung untauglich: So spricht der zitierte *Kramer*<sup>741</sup> vom „Adressatenkreis eines Verbotsgesetzes“ [Hervorhebung durch Verfasser]“ und geht mithin davon aus, dass auch bei einseitigen Verboten ein solches vorliegt. Die Ausführungen von *Schricker*<sup>742</sup> sind zu allgemein gehalten, als dass ihnen eine eindeutige dogmatische Aussage zu entnehmen wäre. Auch die von *Armbrüster* in Fußnote 242 zitierte Rechtsprechung zieht die Unterscheidung zwischen einseitigem und zweiseitigem Verbot nicht zur Feststellung

<sup>737</sup> BeckOGK BGB/*Vossler*, § 134 Rn. 51; MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 41; Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 31. Siehe hierzu auch BGH, NJW-RR 2011, 1426 Rn. 12 ff.; BGHZ 78, 263 (265); 89, 369 (372); 93, 264 (267); 118, 142 (144); *Beater*, AcP 197, 505 (518); *Krampe*, AcP 194, 1 (28), wo allerdings die Frage des Vorliegens eines Verbotsgesetzes mit der Frage nach der Rechtsfolge eines Verbotsverstoßes vermengt wird.

<sup>738</sup> *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § 26 Rn. 3.

<sup>739</sup> MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 47 f.

<sup>740</sup> *Mugdan* I, S. 468.

<sup>741</sup> *Kramer*, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S. 8.

<sup>742</sup> *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S. 64 f.

des Verbotsgesetzcharakters heran, sondern nur für die Frage, ob ein Verstoß die Nichtigkeit zur Folge hat.<sup>743</sup>

Einzig das Reichsgericht ging in einer Entscheidung der vereinigten Zivilsenate von 1905 – ausdrücklich entgegen der zuvor den Motiven entnommenen Ansicht – davon aus, dass bei einseitig adressierten Gesetzen schon der Tatbestand des § 134 BGB in der Regel nicht erfüllt sei.<sup>744</sup> Zwar wird nicht eindeutig davon gesprochen, dass dann kein Verbotsgesetz vorliege, jedoch ist diese Voraussetzung das einzige Merkmal, an dem die Prüfung des Tatbestandes scheitern könnte. Dieser Gedanke wurde innerhalb der höchstrichterlichen Rechtsprechung allerdings nicht weiterverfolgt. Vielmehr wurde der Adressatenkreis im Rahmen der Rechtsfolge zur Argumentation herangezogen.<sup>745</sup> Eine Vorgehensweise, die insbesondere durch die Ausführungen in den Motiven zum BGB gestützt wird.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass der Verbotscharakter einer Norm abstrakt zu bestimmen ist. Eine Vorschrift ist entweder ein Verbotsgesetz oder nicht. Der Adressatenkreis der Verbotsnorm ist aber vom jeweiligen Einzelfall abhängig. Betrachtet man beispielsweise einen Arbeitsvertrag, der entgegen § 2 BÄO die Anstellung eines nicht approbierten Arztes zum Gegenstand hat, sind sowohl der Arzt als auch der Arbeitgeber Adressaten der Norm.<sup>746</sup> Geht es um einen Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patienten ist nur der Arzt Adressat des Verbotes. § 2 BÄO wäre dann in dem einen Fall ein zweiseitiges Verbot und in dem anderen ein einseitiges. Ob § 2 BÄO ein Verbotsgesetz ist, kann aber nicht von Fall zu Fall verschieden beantwortet werden. Die Entscheidung, ob ein öffentlich-rechtliches Verbot auch ein zivilrechtliches Verbotsgesetz darstellt und mithin auch im Zivilrecht wirkt, kann nur einheitlich erfolgen. Alles andere würde vor dem Hintergrund der tiefgreifenden Rechtsfolge des § 134 BGB zu einer großen Unsicherheit bei der Anwendung von Verbotsnormen führen.<sup>747</sup>

Zudem erscheint es wenig sinnvoll, sich bereits auf Tatbestandsebene die flexiblen Rechtsfolgen des § 134 BGB abzuschneiden, indem vorschnell ein Verbotsgesetz abgelehnt wird. Die Differenzierung nach dem Adressatenkreis ist auf Rechtsfolgenseite wesentlich besser zu verorten, weil sie dort eine weniger starre Konsequenz zeitigt.<sup>748</sup> Ansonsten müsste man im obigen Beispiel im Verhältnis zwischen Arzt und Patienten eine Anwendung des § 134 BGB von vornherein ausschließen, was mit Blick auf den Patientenschutz als Intention des § 2 BÄO befremdlich wirkt.

---

<sup>743</sup> Siehe die von *Armbrüster* zitierten Stellen in: RGZ 100, 39 (40); 104, 105 (107); BGHZ 46, 24 (26); 78, 263 (265); 143, 283 (287); 159, 334 (340); BGH, NJW 1986, 1104; OLG Hamm, VersR 2010, 609 (610).

<sup>744</sup> RGZ 60, 273 (277).

<sup>745</sup> So schon RGZ 100, 39 (40); 104, 105 (107).

<sup>746</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>747</sup> Vgl. *Hopt*, NJW 1985, 1665 (1668).

<sup>748</sup> Siehe hierzu eingehend unter § 7 I. 2. g.

Die Frage nach den Adressaten der Vorschrift spielt für die Einordnung als Verbotsgesetz mithin keine Rolle.<sup>749</sup>

dd. Verbotsgesetze und Ordnungsvorschriften

Ein weiterer Ansatz will die Anwendung des § 134 BGB bei sogenannten Ordnungsvorschriften, die sich insbesondere gegen die örtlichen oder zeitlichen Umstände der Vornahme eines Rechtsgeschäfts richten, schon auf Tatbestandsebene an der Voraussetzung des Verbotsgesetzes scheitern lassen.<sup>750</sup>

Richtigerweise ist aber auch dieser Aspekt erst im Rahmen der Rechtsfolge zu beachten.<sup>751</sup> Ein pauschales Absprechen des Verbotsgesetzcharakters solcher Normen würde dazu führen, dass überhaupt keine zivilrechtliche Wirkung für Rechtsgeschäfte eintreten könnte, die gegen sie verstoßen. Dass aber auch Verbote, die sich gegen Zeit und Ort des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes richten, Auswirkungen im Zivilrecht haben können zeigt zum Beispiel § 56 Abs. 1 Nr. 6 Hs. 2 GewO: Die Vorschrift verbietet die entgeltliche Vermittlung von Darlehen im Reisegewerbe und richtet sich mithin nicht gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes, sondern gegen den Ort und den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Trotzdem herrscht über ihren Verbotscharakter Einigkeit.<sup>752</sup>

Darüber hinaus ist auch bei den klassischen Beispielen für Ordnungsvorschriften nicht eindeutig geklärt, dass es sich überhaupt um Ordnungsvorschriften handelt bzw. ob sie unter § 134 BGB fallen. So wird die in diesem Zusammenhang immer wieder als Ordnungsvorschrift angeführte Untersagung des Verkaufs nach Ladenschluss gem. § 3 LadSchlG in Teilen der Literatur auch als Verbotsnorm betrachtet.<sup>753</sup> Wenn die Differenzierung in Verbots- und Ordnungsvorschriften aber offenkundig gerade keine klaren Grenzen bereithält, erscheint es mit Blick

<sup>749</sup> Ebenso: *Bork*, BGB AT, Rn. 1105; *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 34, im Ergebnis auch *MüKo/Armbrüster*, § 134 Rn. 48.

<sup>750</sup> *Amm*, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, S. 310; *Bork*, BGB AT, Rn. 1095 f.; *MüKo BGB/Armbrüster*, § 134 Rn. 41. Gegen jede Art der Einteilung nach formalen Kriterien: *Pawlowski*, BGB AT, Rn. 483.

<sup>751</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 21; ebenso *Wolff/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 16, die zwar im Regelfall von der Wirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte ausgehen, damit aber implizieren, dass ein Verbotsgesetz vorliegt, welches ausnahmsweise auch die Nichtigkeit zur Folge haben kann. Ebenso *BeckOGK BGB/Vossler*, § 134 Rn. 61, wo allerdings Fragen des Tatbestandes und der Rechtsfolge vermischt werden. Trotzdem wird aber die grundsätzliche Möglichkeit deutlich, dass auch Vorschriften die sich gegen die Umstände richten, unter denen ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird, nach § 134 BGB nichtig sein können und somit Verbotsgesetze darstellen. Auch *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 104 sprechen den betreffenden Normen nicht pauschal die Verbotsgesetzeseigenschaft ab, sondern lösen die Besonderheiten auf Ebene der Rechtsfolge. Widersprüchlich dazu allerdings die Ausführungen bei Rn. 31.

<sup>752</sup> BGHZ 71, 359 (360); 93, 264 (269); 131, 385 (389 f.); explizit bei *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 34.

<sup>753</sup> *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § 11 Rn 18; *Flume*, BGB AT II, S. 347; *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 104;

auf die Rechtssicherheit nicht erstrebenswert, aufgrund dessen den Tatbestand des § 134 BGB zu verneinen und damit jede zivilrechtliche Rechtsfolge zu verhindern.

Die Einordnung auch vermeintlicher Ordnungsvorschriften als Verbotsgesetz verhindert außerdem Widersprüche innerhalb der Teilrechtsordnungen. Würde man beispielsweise bei Verstößen gegen das Ladenschlussgesetz den Tatbestand des § 134 BGB von vornherein verneinen, wären nach Ladenschluss vorgenommene Rechtsgeschäfte wirksam. Ist noch nicht erfüllt worden, könnte der Kunde seinen Erfüllungsanspruch einklagen, sodass der Zivilrichter gezwungen wäre, einen Anspruch zu titulieren, der einem öffentlich-rechtlichen Verbot zuwiderläuft. Die Teilrechtsordnungen würden sich in einen Widerspruch verstricken! Bejaht man dagegen den Tatbestand des § 134 BGB, ermöglicht es dessen Rechtsfolgenseite,<sup>754</sup> Rechtsgeschäfte, die nach Ladenschluss erfolgen, als schwebend unwirksam zu betrachten.<sup>755</sup> Die Folge ist, dass der Vertragspartner keinen Erfüllungsanspruch gegenüber dem Ladeninhaber hat. Er kann also die Erfüllung nicht einklagen, sodass die Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung gewahrt wäre.

Nach vorgenommenem Leistungsaustausch wird das Rechtsgeschäft wirksam, weil die Vorschriften des LadSchlG nicht das Rechtsgeschäft also solches missbilligen, sondern nur die Umstände, unter denen es vorgenommen wurde. Eine vollständige Nichtigkeit mit der damit verbundenen Anwendbarkeit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung wäre in diesem Fall unverhältnismäßig.<sup>756</sup> Die Anwendung des § 134 BGB auch im Falle einer sog. Ordnungsvorschrift ermöglicht damit eine flexiblere Handhabung, als die mit der Verneinung des Verbotsgesetzcharakters verbundene generelle Nichtanwendung der öffentlich-rechtlichen Vorschrift im Zivilrecht.

Um sich diese Vorzüge zu erhalten, ist es sinnvoll, den Ordnungsvorschriften nicht per se den Verbotscharakter abzusprechen und ihren Besonderheiten erst auf Ebene der Rechtsfolge Rechnung zu tragen.

#### ee. Mit Sanktionen bewehrte Verbote

Ist ein Verbot strafbewehrt oder wird an einen Verstoß eine Bußgeldandrohung geknüpft, wird dies als Indiz für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes gedeutet.<sup>757</sup> Auch die Rechtsprechung geht in solchen Fällen von einem Verbotsgesetz aus, wengleich daraus noch nichts über die jeweilige Rechtsfolge des Verstoßes gefolgert werden kann. So formuliert der BGH, dass *„eine für alle Beteiligten geltende Straf- und Bußgeldandrohung [...] einen gewichtigen Hinweis darauf [gibt], daß die Rechtsordnung verbotswidrigen Verträgen die Wirksamkeit versagen will.“*<sup>758</sup> Dennoch *„[...] muß die Tat-*

<sup>754</sup> Siehe dazu ausführlich unter § 7 I. 2. g.

<sup>755</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 104.

<sup>756</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 104.

<sup>757</sup> Larenz, BGB AT, S. 430; Bork, BGB AT Rn. 1103; nach Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 74 kann an der Verbotsgesetzseigenschaft in diesem Fall kein Zweifel bestehen.

<sup>758</sup> BGHZ 118, 182 (188) mwN.; vgl. auch BGHZ 89, 316 (319).

sache, daß ein Gesetz eine Handlung unter Strafe stellt, nicht unabweislich die Folge haben, daß auch das bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäft nichtig ist.“<sup>759</sup>

Dafür spricht mit Blick auf das Telos des § 134 BGB schon der massive Wertungswiderspruch, der entsteht, wenn ein Verhalten strafrechtlich verfolgt würde, zivilrechtliche Verträge, die dieses Verhalten vorsehen, aber wirksam wären und ein einklagbarer Anspruch auf die verbotene Leistung bestünde.<sup>760</sup> Der Gesetzgeber macht mit der Androhung der *ultima ratio* Kriminalstrafe<sup>761</sup> ferner deutlich, dass er das betreffende Verhalten missbilligt und mit allen Mitteln zu verhindern bereit ist.<sup>762</sup> Wenn er aber bereit ist, das Verbot mit der größtmöglichen Einschränkung der Freiheit des Einzelnen durchzusetzen, so lässt sich im Wege eines Erst-Recht-Schlusses feststellen, dass zumindest die Möglichkeit privatrechtlicher Auswirkungen offenstehen muss. Darüber, ob diese neben der strafrechtlichen Sanktion überhaupt erforderlich erscheint, ist damit freilich noch nichts gesagt.<sup>763</sup> Es geht an dieser Stelle einzig darum, ob die Strafvorschrift überhaupt Beachtung im Zivilrecht finden muss. Im Hinblick auf die Rechtsfolge ist dann der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. So kann beispielsweise ein Rechtsgeschäft trotz strafbewehrtem Verbotsverstoß wirksam sein, wenn an diesem ohnehin nichts mehr zu ändern ist, weil die verbotene Leistung bereits erbracht ist und die Nichtigkeit daher unverhältnismäßig wäre.

### b. Zwischenfazit

Ob eine Norm Verbotscharakter hat, bedarf der Auslegung, wobei ihrer Formulierung nur ein begrenzter Aussagegehalt zukommt. In erster Linie ist zu fragen, ob der Sinn und Zweck der Vorschrift zivilrechtliche Wirkungen erfordert, oder ob dieser bereits mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen erreicht werden kann. Ein starkes Indiz für das Vorliegen eines Verbotsgesetzes stellt es dar, wenn der Verstoß strafbewehrt ist. Überhaupt keine Rolle spielen der Adressatenkreis und die Frage, ob es sich bei der Norm gegen das Rechtsgeschäft als solches oder nur gegen die Umstände seines Abschlusses richtet. Auch kommt es nicht darauf an, ob die Norm einen subjektiven Tatbestand enthält.

<sup>759</sup> BGH, NJW 1968, 2286.

<sup>760</sup> Wolf/Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 2.

<sup>761</sup> Dazu aus der Judikatur des BVerfG: BVerfGE 39, 1 (47); 88, 203 (258); 96, 10 (25); 96, 245 (249); aus der strafrechtlichen Literatur beispielsweise: Krey/Esser, StrafR AT, § 1 Rn. 18 ff.; Roxin StrafR AT I, § 2 Rn. 97 ff.; für eine Einschränkung des Gebrauchs dieses Grundsatzes zur Legitimation von staatlichen Strafens allerdings: Frisch, NSTZ 2016, S. 16 (24).

<sup>762</sup> Boemke/Ulrich, BGB AT, § 11 Rn. 12.

<sup>763</sup> Vgl. Jäpel, Gesetzliches Verbot, S. 23.

## 2. Rechtsfolge des § 134 BGB

Ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz und damit die Erfüllung des Tatbestandes hat nicht automatisch die Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäftes zur Folge. Vielmehr enthält der Wortlaut die Einschränkung, dass die Nichtigkeitsfolge nur dann eintritt, „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt“. Diese Wendung wird als Normzweckvorbehalt bezeichnet.<sup>764</sup> Die Nichtigkeit tritt nur unter dem Vorbehalt ein, dass dies dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes entspricht.<sup>765</sup>

### a. Dogmatische Einordnung des Vorbehaltes

Die dogmatische Einordnung des Vorbehaltes ist klärungsbedürftig. Prominent, weil in den meisten Abhandlungen wiedergegeben, ist die Ausführung *Flumes*: „Die Vorschrift des § 134 besagt in Wirklichkeit nichts.“<sup>766</sup>

Gegenüber der Auffassung *Flumes* hat zunächst der Gedanke eine gewisse Berechtigung, der Gesetzgeber habe sicher keine Norm ohne Bedeutung schaffen wollen.<sup>767</sup> Der Aussage *Flumes* kann auch deshalb die Geltung abgesprochen werden, weil die Norm im historischen Kontext mindestens klarstellende Funktion hatte. Vor Inkrafttreten des BGB herrschte nämlich die bis auf eine Konstitution des Kaisers *Theodosius II.* zurückgehende Vorstellung,<sup>768</sup> ein Gesetzesverstoß habe immer die Nichtigkeit der damit einhergehenden zivilrechtlichen Rechtsgeschäfte zur Folge. Die Vorschrift zeigte also zumindest auf, dass der Gesetzgeber von dieser Vorstellung einer absoluten Nichtigkeit Abstand genommen hat.<sup>769</sup>

Dieser Umstand hinderte einen Teil der Literatur allerdings nicht daran, eben diese Vorstellung als „Maßstab der sichersten Zweckerreichung“ wieder aufleben zu lassen und weitestgehend von der Nichtigkeit der jeweiligen Rechtsgeschäfte auszugehen.<sup>770</sup> Neben der historischen Entwicklung ist dem das Gebot der Verhältnismäßigkeit entgegenzuhalten, welchem eine mehr oder weniger pauschale Nichtigkeitsfolge zuwiderläuft.<sup>771</sup>

---

<sup>764</sup> Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 57; zur Entstehungsgeschichte: *Amm*, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, S. 10 ff.

<sup>765</sup> Nach a.A. ist dieser Aspekt schon bei der Frage relevant, ob tatbestandlich überhaupt ein Verbotverstoß vorliegt, siehe *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 130 und passim.

<sup>766</sup> *Flume*, BGB AT II, S. 341.

<sup>767</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 15; *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 76.

<sup>768</sup> Aufgenommen in den *Codex Justinian* als lex 5 de legibus I 14, siehe *Raestrup*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 9 f.; Kritisch gegenüber der Lehre von der absoluten Nichtigkeit: *Endemann*, BGB AT, 8. Auflage, S. 45 insb. Fn. 7.

<sup>769</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 32.

<sup>770</sup> Vgl. schon *Oertmann*, JW 1917, S. 255 (257); daran anknüpfend: *Kramer*, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S. 143 f.; ebenso *Kohle*, NJW 1982, S. 2804 (2806).

<sup>771</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 40; *Kähler*, JuS 2010, S. 665 (666).

## aa. Verweisungsnorm

Teilweise wird § 134 BGB als bloßer Verweis auf das jeweilige Verbotsgesetz verstanden.<sup>772</sup> Letztlich komme es für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts allein auf den Zweck des verletzten Gesetzes an. Zwar enthalte § 134 BGB mit der Anordnung der Nichtigkeit eigentlich eine eigene Rechtsfolge; diese trete nach der Rechtsprechung aber nur ein, wenn „es mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unvereinbar wäre, die durch das Rechtsgeschäft getroffene Regelung hinzunehmen und bestehen zu lassen.“<sup>773</sup>

Ein Teil der Vertreter dieser Auffassung nimmt darüber hinaus eine Subsidiarität der Nichtigkeit an; Sie trete – sozusagen als Backup – nur ein, wenn die Auslegung des Verbotsgesetzes keinerlei Hinweise auf die zivilrechtliche Rechtsfolge eines Verstoßes enthält. Ergibt die Auslegung aber, dass eine andere Rechtsfolge dem Telos der Vorschrift eher dienlich ist, geht diese der Nichtigkeit vor. Eine Vermutung hinsichtlich der Wirksamkeit bestehe aber nicht. Es komme allein darauf an, ob die Auslegung des Verbotsgesetzes eine bestimmte Rechtsfolge ergibt.<sup>774</sup> Diese Auffassung ist nicht im Zusammenhang mit der schon dargelegten Anwendung des *Lex specialis*-Grundsatzes zu sehen. Es geht an dieser Stelle nicht um den Fall, dass die Verbotsnorm selbst eine Rechtsfolge bereithält, sondern dass sie gerade keine explizite Anordnung trifft und sich auch aus dem Kontext der Vorschrift kein Anhaltspunkt ergibt, welche Rechtsfolge ein Verbotsverstoß hat.

Andere Vertreter der wissenschaftlichen Strömung, die in dem Normzweckvorbehalt grundsätzlich eine Verweisungsnorm erblicken, folgern aus dem primären Abstellen auf das Verbotsgesetz eine Vermutung, nach der das Rechtsgeschäft im Zweifel wirksam ist.<sup>775</sup> Das Rechtsgeschäft sei solange als wirksam zu betrachten und die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB solange ausgeschlossen, wie der Zweck des Verbotsgesetzes nicht etwas anderes erfordert. Dabei wird besonders der *ultima ratio*-Charakter der Nichtigkeitsfolge betont. Denn der Eingriff in die von Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie sei nur in diesem Fall verhältnismäßig und mithin zu rechtfertigen.<sup>776</sup> Nichtigkeit nach § 134 BGB sei nicht erforderlich, wenn das bürgerliche Recht eine weniger einschneidende Rechtsfolge bereithält.<sup>777</sup> Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprächen zwar gegen diese Auslegung, berücksichtigen naturgemäß aber nicht den Funktionswandel, den die Vorschrift durchlebt hat. Diente sie ursprünglich noch der Transformation strafrechtlicher Verbote, bei denen die Nichtigkeitsfolge naheliegt, habe man es heute

<sup>772</sup> *Taupitz*, JZ 1994, S. 221 (225); *Larenz*, BGB AT, S. 429; *Soergel/Hefermehl*, § 134 Rn. 1.

<sup>773</sup> So *BGHZ* 65, 368 (370); 78, 263 (265); 85, 39 (43); 115, 123 (125); 143, 283 (286).

<sup>774</sup> *Larenz*, BGB AT, S. 429.

<sup>775</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 33; *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § 40 Rn. 5.

<sup>776</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (768); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666); *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 33; *BeckOGK BGB/Vossler*, § 134 Rn. 11.

<sup>777</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (768); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666); *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 96.



überwiegend mit Verbotsgesetzen aus dem Wirtschaftsrecht zu tun. Hier sei die Nichtigkeit weniger zwingend.<sup>778</sup>

#### bb. Auslegungsregel: Grundsätzliche Nichtigkeit bei Verstoß

Diesen Meinungen steht die Ansicht gegenüber, nach der die Rechtsfolge sich in erster Linie nicht aus dem jeweiligen Verbotsgesetz, sondern aus § 134 BGB selbst ergibt. Da § 134 BGB grundsätzlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts anordnet, bestehe eine Vermutung bzw. eine Auslegungsregel hinsichtlich der Nichtigkeit.<sup>779</sup> Nur dann, wenn die Auslegung des Verbotsgesetzes eine andere Rechtsfolge ergibt, sei ausnahmsweise von der Nichtigkeitsvermutung des § 134 BGB abzuweichen.<sup>780</sup>

Auch nach dieser Auffassung wird die Frage der Verhältnismäßigkeit keinesfalls außeracht gelassen; vielmehr ist im Rahmen der Auslegung zu thematisieren, ob der Zweck des Verbotsgesetzes einer Nichtigkeit entgegensteht.<sup>781</sup> Ergibt die Prüfung aber keine entgegenstehenden Gründe, so folgt unmittelbar aus § 134 BGB die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Damit sind zunächst keine Argumente für die Nichtigkeit vorzubringen, die Argumentationslast trifft vielmehr denjenigen, der das Rechtsgeschäft trotz Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz für wirksam hält.<sup>782</sup>

#### cc. Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich in dieser Frage nicht ausdrücklich positioniert. Aber auch wenn in einigen Entscheidungen der Begriff der „Auslegungsregel“ benutzt wurde,<sup>783</sup> was grundsätzlich für eine Vermutungswirkung sprechen würde, folgt der Bundesgerichtshof gerade in neuerer Zeit tendenziell eher der Ansicht, die die Nichtigkeitsfolge allein vom Telos des Verbotsgesetzes abhängig macht, ohne eine grundsätzliche Vermutungswirkung zu erwähnen und

---

<sup>778</sup> HKK-BGB/*Dorn*, §§ 134–137 Rn. 17; BeckOGK BGB/*Vossler*, § 134 Rn. 11.

<sup>779</sup> Kritisch gegenüber der Verwendung des Begriffs „Vermutung“ in diesem Zusammenhang zeigt sich *Hager*, Gesetzes- und Sittenkonforme Auslegung, S. 10 ff und S. 147.

<sup>780</sup> *Mugdan* I, S. 468; *Bork*, BGB AT, Rn. 1111; *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 15, 19, 43 f; *Kramer*, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S. 43 ff; *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 76 f; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 76; *Taupitz*, JZ 1994, S. 221 (226); *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 2; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 646; *Pansegrau*, Fortwirkung der römischrechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze, S. 20 f; *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 58; *Palandt/Ellenberger* § 134 Rn. 7; *PWW/Abrens* § 134 Rn. 1, 18; *BeckOK/Wendtland*, § 134 Rn. 2; ausdrücklich a.A.: *Flume*, BGB AT II, S. 341; *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (768); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666); *Beater*, AcP 1994, S. 505 (510); *Raestrup*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 17; *BeckOGK BGB/Vossler*, § 134 Rn. 11; *MünchArbR/Richardi/Buchner*, § 34 Rn. 2.

<sup>781</sup> *Raestrup*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 32.

<sup>782</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 16.

<sup>783</sup> ZB. BGHZ 45, 322, (326); BGH, NJW 1974, 1374 (1377).

§ 134 BGB damit einen über die Verweisung hinausgehenden Aussagegehalt ab spricht.<sup>784</sup>

dd. Nichtigkeit nur bei Strafvorschriften?

Der mit der offenen Formulierung des Normzweckvorbehaltes verbundene weite Entscheidungsspielraum der Rechtsprechung hat zu einer stark einzelfallbezogenen Kasuistik geführt. So wünschenswert eine differenzierende Rechtsprechung mit Blick auf die Einzelfallgerechtigkeit auch sein mag, führt sie dennoch zu einem nicht zu unterschätzenden Verlust an Rechtssicherheit. Dem versucht ein Ansatz abzuwehren, wonach die Nichtigkeitsfolge allein auf Verstöße gegen Strafnormen zu begrenzen ist. Allen anderen Verbotsnormen sei dagegen mit der Distanz zu begegnen, die die Zivilrechtswissenschaft gegenüber den schnelllebigen Zwecken öffentlich-rechtlicher Verbote an den Tag legen sollte. Auf diese Weise könne der „inflationartigen Vermehrung“ der Verbotsgesetze am besten Rechnung getragen werden. Die Gerichte dürften nicht als Ersatzgesetzgeber in Fällen auftreten, in denen Unklarheit über die zivilrechtliche Wirkung einer Verbotsvorschrift herrscht.<sup>785</sup>

ee. Streitentscheid

Zunächst ist die Erwägung, die Nichtigkeitssanktion auf Strafvorschriften zu begrenzen, abzulehnen. Der Vorschlag beinhaltet gewissermaßen einen Schritt zurück zu den Wurzeln des § 134 BGB. Denn bei Entstehung und Inkrafttreten der Vorschrift waren die meisten Verbotsgesetze noch klassische Straftatbestände. Dies verdeutlicht ein Blick in die Motive, wo es heißt, die Vorschrift habe „namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechtes, insbes. des Strafrechtes, im Auge.“<sup>786</sup>

Für eine Begrenzung allein auf Verstöße gegen Strafvorschriften enthalten die Gesetzgebungsmaterialien aber gerade keinen Anhaltspunkt.<sup>787</sup> Vielmehr verdeutlicht der Zusatz „insbes.“ und die Randnotiz „Hauptanwendungsgebiet der Vorschrift“, dass auch andere Verbotsnormen die Nichtigkeit zur Folge haben können.

Erblickt man das Telos des § 134 BGB ferner richtigerweise darin, öffentlich-rechtliche Verbote im Sinne der Einheit der Rechtsordnung in das Zivilrecht zu transformieren, erscheint es widersinnig, den Anwendungsbereich auf Strafvorschriften zu begrenzen. Warum sollte der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung nur in Bezug auf Strafvorschriften gelten?

<sup>784</sup> BGHZ 53, 152 (156 f.); 71, 358 (360 f.); 78, 263 (265); 78, 269 (271); 85, 39 (43); 88, 240 (242); 89, 369 (372); 93, 264 (267); 110, 235 (240); 115, 123 (125); 118, 142 (144); 118, 182 (188); 141, 69 (79); 154, 21 (27); BGH, NJW 2014, 3568, (3569); NJW 2014, 3016, (3019); NJW 2011, 373, (374); NJW 1992, 1159, (1160); NJW 1985, 2403, (2404); NJW 1984, 230, (231).

<sup>785</sup> Seiler, Gedächtnisschrift Martens, S. 719 (730 f.); unter Verweis auf Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 70 Fn 1a u. § 81 aE.

<sup>786</sup> Mugdan I, S. 469. Siehe ferner HKK-BGB/Dorn, §§ 134–137, Rn. 8.

<sup>787</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 60.

Die Entscheidung fällt also zwischen den verbleibenden Ansichten. Diese kommen nur zu unterschiedlichen Ergebnissen, wenn die Auslegung des Verbotsgesetzes nicht eindeutig ergibt, welche Rechtsfolge ein Verbotswidrigkeit nach sich zieht. In diesem Fall kommt die Ansicht, die § 134 BGB eine Vermutungswirkung beimisst, zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Zum selben Ergebnis kommt, wer die Nichtigkeitsfolge für subsidiär hält, da sie in diesem Fall greift, sodass das Rechtsgeschäft ebenfalls nichtig ist. Nur wenn man im Zweifel von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ausgeht, folgt aus dem unklaren Auslegungsergebnis des Verbotsgesetzes die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes.

Für die Auslegungsregel der grundsätzlichen Nichtigkeit spricht zunächst die grammatische Auslegung. Der Wortsinn des § 134 BGB trifft eindeutig die Regelung, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist. Nichtigkeit soll nur dann nicht eintreten, wenn sich aus dem Verbotsgesetz etwas anderes ergibt.<sup>788</sup> Die Formulierung „wenn... nicht“ leitet stets eine Ausnahme ein.<sup>789</sup>

Ferner wird diese Sichtweise durch die Syntax gestützt; der Grundsatz steht im Hauptsatz, während die Ausnahme nur im Nebensatz geregelt ist.<sup>790</sup>

Auch ein Blick in die Genese der Vorschrift legte diese Sichtweise nah. Schon die 1. Kommission folgte der Auffassung, dass „das dem Verbot zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei“.<sup>791</sup> Dem schloss sich die Reichstagskommission mit großer Mehrheit an. Dem Verbotsgesetz selbst sei zwar die Entscheidung vorbehalten, ob ein betroffenes Rechtsgeschäft nichtig ist. Für das allgemeine Zivilrecht lasse sich aber eine Interpretationsregel aufstellen. Danach gelte, dass „wenn sich aus dem Gesetze kein anderer Sinn ergebe, Nichtigkeit als die gewollte Folge betrachtet werden müsse.“<sup>792</sup>

Daneben kann ein teleologischer Aspekt angeführt werden. § 134 BGB dient wie gesagt als Transformationsnorm um öffentlich-rechtlichen Verbotsvorschriften im Sinne der Einheit der Rechtsordnung auch im Zivilrecht Geltung zu verschaffen. Um die Einhaltung der Verbotsnormen zu gewährleisten, erscheint die grundsätzliche Nichtigkeitsanordnung mit Blick auf den Gedanken der Generalprävention<sup>793</sup> sinnvoll. Wird ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm mit der Unwirksamkeit eines korrespondierenden zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts sanktioniert, können zukünftige Verstöße effektiver unterbunden werden.<sup>794</sup> Gleichzeitig wird

---

<sup>788</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 58; Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 15; Kramer, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S. 43, 44 f.; Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 75.

<sup>789</sup> Bork, BGB AT, Rn. 1111.

<sup>790</sup> Kramer, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S. 43.

<sup>791</sup> Mugdan I, S. 468.

<sup>792</sup> Mugdan I, S. 969.

<sup>793</sup> Teilweise wird der Präventionsgedanke im Zivilrecht aufgrund der Nähe zum Strafrecht kritisch gesehen, siehe beispielsweise Gounalakis, AfP 1998, S. 10 ff.; a.A.: Kern, AcP 191, S. 247 (262 ff.).

<sup>794</sup> Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 17. Der Gedanke, die Nichtigkeitsrechtsfolge zu Präventionszwecken zu nutzen, wird von der Rechtsprechung beispielsweise auch bei der Lösung der sog. Schwarzarbeiterfälle herangezogen, vgl. BGHZ 89, 369 (374 f.).

der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit durch die Möglichkeit einer Ausnahme gewahrt. Außerdem soll § 134 BGB verhindern, dass das öffentliche Recht zur Durchsetzung von Rechtsgeschäften genutzt wird, die seinen eigenen Verböten zuwiderlaufen. Der Zweck des jeweiligen Verbötsgesetzes kann es zwar erfordern, dass eine von der Nichtigkeit abweichende Rechtsfolge eintritt. Ergibt sich ein solches aber nicht eindeutig aus dem Verbötsgesetz, kann nicht einfach von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ausgegangen und damit ein Widerspruch zwischen den Teilrechtsordnungen zugelassen werden. Vielmehr führt dann der Zweck des § 134 BGB selbst zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes.

Hinzu tritt ein praktisches Argument. Aus dem alleinigen Abstellen auf den Zweck des Verbötsgesetzes resultiert für den Rechtsanwender das Bedürfnis, dass das Verbötsgesetz überhaupt Anhaltspunkte hinsichtlich seiner privatrechtlichen Auswirkungen liefert. Im Gesetzgebungsprozess dieser größtenteils öffentlich-rechtlichen Normen wird aber nur in den wenigsten Fällen thematisiert, welche Auswirkungen ein Verstoß im Zivilrecht hat.<sup>795</sup> Ist dem Zweck eines Verbötsgesetzes aber tatsächlich einmal nicht zu entnehmen, ob bei einem Verstoß die zivilrechtliche Nichtigkeitsfolge eintritt, hat zumindest der Gesetzgeber des BGB diese Frage abschließend beantwortet. Der Rechtsanwender steht damit nicht vor dem Problem, Anhaltspunkte für die Nichtigkeit aus einer Verbötsnorm ableiten zu müssen, die es womöglich gar nicht gibt, weil die zivilrechtlichen Folgen im Gesetzgebungsprozess keine Rolle gespielt haben.<sup>796</sup>

Soweit der Funktionswandel des § 134 BGB als Argument gegen eine Vermutungswirkung herangezogen wird, ist Folgendes zu entgegnen: Zwar ist nicht zu leugnen, dass in der jüngeren Vergangenheit im Wesentlichen öffentlich-rechtliche Wirtschaftsgesetze Gegenstand der Anwendung von § 134 BGB waren. Die ursprünglich als Hauptanwendungsbereich vorgesehen Strafgesetze sind tatsächlich in den Hintergrund gerückt. Das ändert aber nichts daran, dass schon bei Inkrafttreten des § 134 BGB auch die öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsgesetze unter die Vorschrift fielen.<sup>797</sup> Konsequenterweise hätte der Gesetzgeber also schon damals die Vermutungswirkung auf die Strafvorschriften begrenzt, wenn er insoweit eine Unterscheidung für erforderlich gehalten hätte. Aus dem Fehlen einer solche Regelung lässt sich der gesetzgeberische Wille schließen, dass die Vermutungswirkung bewusst auch bei Verstößen gegen die öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsgesetze gelten sollte. Die bloße Zunahme von Fällen, die von schon vornherein von der Vorschrift mitgeregelt werden sollte, ist nicht geeignet, eine Änderung der ursprünglichen Dogmatik des § 134 BGB zu begründen, wie sie in Wortsinn und in der Genese der Norm zum Ausdruck kommt. Die Änderung des dogmatischen Charakters des § 134 BGB zu einer bloßen Verweisungsnorm liefe erkennbar dem

---

<sup>795</sup> Diesen Umstand stellte schon *Endemann*, Über die zivilrechtliche Wirkung der Verbötsgesetze nach gemeinem Recht, S. 127 fest; ebenso *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 133.

<sup>796</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 15.

<sup>797</sup> *Mugdan* I, S. 469.

ursprünglichen Willen des Gesetzgebers zuwider. Aus der Zunahme von Fällen, in denen die Verbotsgesetze dem öffentlichen Wirtschaftsrecht entstammen, kann auch nicht ohne weiteres auf einen Wandel des gesetzgeberischen Willens geschlossen werden. Hierzu wäre vielmehr eine Änderung des Wortlautes des § 134 BGB durch den Gesetzgeber erforderlich gewesen.

Bei einem Verbotsverstoß ist daher so lange von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auszugehen, wie Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes keine andere Rechtsfolge ergeben. § 134 BGB enthält eine Vermutungswirkung bzw. Auslegungsregel zugunsten der Nichtigkeit. Der Widerstreit zwischen Privatautonomie auf der einen und dem Telos des § 134 BGB und des jeweiligen Verbotsgesetzes auf der anderen Seite wird zugunsten letzterer gelöst, wenn sich aus dem Verbotsgesetz nichts anderes ergibt.

#### *b. Bezugspunkt des Normzweckvorbehaltes*

Aufgrund des semantischen Zusammenhangs des Wortes „Gesetz“ mit dem Ausdruck „gesetzliches Verbot“ in der Formulierung des § 134 BGB wird teilweise davon ausgegangen, mit „Gesetz“ sei einzig das verletzte Verbotsgesetz gemeint.<sup>798</sup> Daraus würde das alleinige Abstellen auf den Zweck dieses Verbotsgesetzes folgen.

Ein solches Verständnis ist aber dann problematisch, wenn ein Regelungsbereich nicht nur durch das betreffende Verbotsgesetz, sondern durch weitere Vorschriften normiert wird. Beispielhaft führen *Sack* und *Seibl* den Rechtsprechungswechsel im Rahmen des Verbots des Abschlusses von Darlehensverträgen im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a. F. auf.<sup>799</sup> Ursprünglich hatte der BGH bei Verstößen gegen dieses Verbot – abhängig von der Schutzwürdigkeit des Vertragspartners<sup>800</sup> – die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages nach § 134 BGB angenommen. Nur so sei der verfolgte Zweck des Schutzes der Darlehensnehmer zu gewährleisten.<sup>801</sup> Nachdem der Gesetzgeber ein Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte eingeführt hatte,<sup>802</sup> verneinte der BGH die Nichtigkeit verbotswidrig abgeschlossener Darlehensverträgen nach § 134 BGB unter dem Hinweis darauf, dass der Darlehensnehmer mit der Möglichkeit des Widerrufs ausreichend geschützt

---

<sup>798</sup> *Taupitz*, JZ 1994, S. 221; vgl. ferner *Schubert/Gebhard*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Teil 1, S. 20: „sofern nicht dem die Rechtspflicht begründenden Gesetz eine andere Absicht zu entnehmen ist“, a.A. *Enneccerus/Kipp/Wolff/Nipperdey*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S. 813, wonach sich „ein anderes“ aus der gesamten Rechtsordnung ergeben kann.

<sup>799</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 64.

<sup>800</sup> Ob Schutzbedürftigkeit vorlag, wurde insbesondere anhand des Rechtsgeschäfts beurteilt, dessen Finanzierung das Darlehen dienen sollte, BGHZ 93, 264 (267 f.).

<sup>801</sup> BGHZ 93, 264 (267).

<sup>802</sup> Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften vom 16.1.1986, BGBl. 1986, Teil 1.

sei.<sup>803</sup> Da sich an der Vorschrift des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO aber nichts geändert hatte, ist offenbar nicht nur der Zweck der Verbotsnorm an sich zu beachten, sondern ebenso der Zweck aller Vorschriften, die den betreffenden Regelungsbereich normieren. Der Normzweckvorbehalt erfasse daher nicht nur das jeweilige Verbotsgesetz, sondern, falls der Regelungsbereich von mehreren Vorschriften normiert wird, alle diese Vorschriften.<sup>804</sup>

Zwingend ist diese Einordnung indes nicht, da man die Frage, ob das „Vorschriftengeflecht“ des Regelungsbereiches der Nichtigkeitssanktion entgegensteht, auch im Rahmen des Zwecks der einzelnen Verbotsnorm beantworten könnte. Welche Rechtsfolge der Normzweck gebietet, ist nicht allein aus der Norm selbst heraus zu beantworten. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sind vielmehr auch Faktoren zu berücksichtigen, die andere Normen im selben Regelungsbereich verursachen. Den angesprochenen Rechtsprechungswandel kann man auch damit erklären, dass die vollständige Nichtigkeit mit Blick auf den Eingriff in die Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG inzwischen unverhältnismäßig wäre. Mit dem Widerrufsrecht liegt ein milderes Mittel vor, da dem Darlehensnehmer die Möglichkeit gegeben wird, bei für ihn günstigen Konditionen am Vertrag festzuhalten. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit ist mithin nicht erforderlich und damit nicht verhältnismäßig.

Trotzdem ist *Sack* und *Seibl* zu folgen. Dafür spricht der Wortlaut des § 134 BGB. Hätte der Gesetzgeber mit der Formulierung allein das Verbotsgesetz impliziert, so wäre es möglich gewesen dies deutlicher zu hervorzuheben. Beispielsweise hätten die Formulierungen „aus diesem Gesetz“ oder „aus dem Verbotsgesetz“ den Bezug unmissverständlich klargestellt. Es liegt ferner nahe, die Ausdrücke „gesetzliches Verbot“ und „Gesetz“ innerhalb des § 134 BGB unterschiedlich auszulegen.

Zu beachten ist also nicht nur der Sinn und Zweck im Hinblick auf das einzelne Verbotsgesetz, sondern auf alle Vorschriften, die den betreffenden Bereich regeln.

### *c. Lex specialis derogat legi generali*

§ 134 BGB tritt als generellere Norm zurück, wenn schon das Verbotsgesetz selbst eine zivilrechtliche Rechtsfolge enthält, die im Falle eines Verstoßes eingreift.<sup>805</sup> In diesem Fall ergibt sich „aus dem Gesetz ein anderes“<sup>806</sup> Beispielhaft sei § 12 ApoG genannt, wonach privatrechtliche Vereinbarungen des Apothekers, die

<sup>803</sup> BGHZ 131, 385 (389). Zu der Rechtslage für Darlehensvermittlungsverträge siehe BGH, NJW 1999, 1636.

<sup>804</sup> Ebenso *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § 40 Rn. 27; *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 102, der ebenfalls auch andere Normen heranzieht, falls ein „Zusammenhang“ besteht. Nach *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666) ist „in erster Linie das Verbotsgesetz gemeint“.

<sup>805</sup> *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 2; *Bork*, BGB AT, Rn. 1102; *BeckOGK BGB/Vossler*, § 134 Rn. 13.

<sup>806</sup> BGHZ 196, 312 Rn. 15.

beispielsweise eine bevorzugte Anpreisung bestimmter Medikamente beinhaltet (§ 10 ApoG), nichtig sind. Ebenso ist bei einem Verstoß gegen die „Mietpreisbremse“ des § 556d BGB die Rechtsfolge schon in § 556g Abs. 1 BGB geregelt.

Neben der Möglichkeit, dass das Verbotsgesetz selbst ausdrücklich eine zivilrechtliche Rechtsfolge vorsieht, kann diese sich auch aus anderen Normen ergeben. Beispielsweise ist ein Rechtsgeschäft bei einem Verstoß gegen § 263 StGB nicht nach § 134 BGB nichtig, sondern lediglich gem. § 123 Abs. 1 BGB anfechtbar.<sup>807</sup> Das abgestufte und ausgewogene Regelungskonzept des § 123 BGB darf nicht unterlaufen werden.<sup>808</sup> Eine Gesamtschau der §§ 263 StGB und 123 BGB zeigt die gesetzliche Wertung auf, dass dem getäuschten Vertragspartner eine Wahlmöglichkeit eingeräumt werden soll. Das erscheint schon deshalb sinnvoll, weil die Regelungen der Anfechtung allein die freie Willensbildung beim Getäuschten schützen sollen. Die Frage des Fortbestandes kann daher ihm überlassen bleiben. Er hat somit auch die Möglichkeit, ein für ihn günstiges Geschäft gelten zu lassen.

#### *d. Totalnichtigkeit als Rechtsfolge eines Verbotsverstoßes*

Ist die Rechtsfolge eines Verbotsverstoßes nicht explizit in einem spezielleren Gesetz geregelt, greift die Vermutungswirkung und der Verbotsverstoß hat im Zweifel die Totalnichtigkeit zur Folge. Die Totalnichtigkeit erfasst das Rechtsgeschäft in seiner Gesamtheit und hat grundsätzlich *Ex tunc*-Wirkung.<sup>809</sup> Das verbotswidrige Rechtsgeschäft ist also von Anfang an als unwirksam zu betrachten. Sie wirkt gegenüber jedermann und ist im Prozess von Amts wegen zu beachten.<sup>810</sup>

Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist nicht als rein faktisches Geschehnis anzusehen, dem keine rechtliche Relevanz zukommt.<sup>811</sup> Nichtigkeit hat vielmehr lediglich zur Folge, dass eine rechtsgeschäftliche Regelung nicht gilt. Von einem nichtigen Rechtsgeschäft können aber trotzdem noch Wirkungen ausgehen.<sup>812</sup> Beispielsweise ist die Haftung aus § 122 BGB letztlich auf die nichtige Willenserklärung zurückzuführen.<sup>813</sup> Auch im Rahmen bereicherungsrechtlicher Ansprüche wird zum Teil mit den Nachwirkungen eines nichtigen Vertrages argumentiert.<sup>814</sup>

---

<sup>807</sup> Raestrup, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 14; Bork, BGB AT, Rn. 1103; Wolf/Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 9; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 15.

<sup>808</sup> Köbler, JZ 2010, S. 767 (769).

<sup>809</sup> PWW/Abrens, § 134 Rn. 26; Erman/Arnold, § 134 Rn. 18.

<sup>810</sup> Flume, BGB AT II, S. 556; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 65.

<sup>811</sup> So aber beispielsweise Staudinger/Coing (11. Auflage), § 141 Rn. 2; Jacobi, AcP 86, S. 51 (71).

<sup>812</sup> Cabn, JZ 1997, S. 8 (9).

<sup>813</sup> Flume, BGB AT II, S. 548.

<sup>814</sup> Panlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S. 37 ff.

### e. Abkehr von der Totalnichtigkeit

Die Totalnichtigkeit des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes ist jedoch nicht zwingend vorgeschrieben. Vielmehr kann sich aus der Auslegung des Verbotsgesetzes auch die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ergeben. Hintergrund ist der Normzweckvorbehalt in § 134 Hs. 2 BGB, wonach die Nichtigkeit nur eintritt, „*wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt*“. Danach könnte die Auslegung des Verbotsgesetzes zunächst auch dazu führen, das Rechtsgeschäft in seiner Wirksamkeit überhaupt nicht anzutasten, beispielsweise weil die vollständige Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes den Zweck des Verbotsgesetzes nicht fördern würde. So zog beispielsweise ein Verstoß gegen das Verbot, als Steuerberater eine anderweitige gewerbliche Tätigkeit wahrzunehmen (§ 57 Abs. 4 Nr. 1 StBerG), nicht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach sich, weil die in Rede stehende Tätigkeit den Zweck des Schutzes des Vertragspartners nicht gefährdet hat.<sup>815</sup>

Teile des Schrifttums belassen es bei diesem starren „Alles-Oder-Nichts“-Prinzip.<sup>816</sup> § 134 BGB sehe als Rechtsfolge entweder die totale Nichtigkeit oder die vollständige Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes vor, während Rechtsfolgen wie beispielsweise die Teilnichtigkeit nach dieser Auffassung nicht in Betracht kommen. Diese Auffassung rekurriert auf den Wortlaut des Normzweckvorbehaltes. So wird die Formulierung „[...] *nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz eine anderes ergibt*“ in der Weise interpretiert, dass „*ein anderes*“ nur die vollständige Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes meint und gerade keine anderweitigen Rechtsfolgen zulässt.<sup>817</sup>

Auch wird auf den Umstand hingewiesen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des Normzweckvorbehaltes nicht den Ausdruck „soweit“ verwendet hat. „*Wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*“, drücke ein alternatives Verhältnis lediglich zwischen vollständiger Nichtigkeit und vollständiger Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes aus.<sup>818</sup>

Dafür spreche auch, dass der Gesetzgeber an anderer Stelle (§ 1 Abs. 1 GWB aF<sup>819</sup>) die Möglichkeit der teilweisen Unwirksamkeit durch seine Wortwahl explizit zum Ausdruck gebracht habe, bei § 134 BGB aber gerade nicht.<sup>820</sup>

Allerdings lässt sich die Erwähnung der Nichtigkeit als alleinige Rechtsfolge auch mit der hohen Bedeutung der Wortlautgrenze erklären. Hätte man die harte Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht explizit genannt, hätte die Gefahr bestanden,

<sup>815</sup> BGH, NJW-RR 2011, 1426 (1427) Rn. 20.

<sup>816</sup> Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, S. 113 f.; Zimmermann, AcP 184, 505 (507 ff.); ebenso Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 85 und passim, wonach letztlich auch nur vollständige Nichtigkeit oder Wirksamkeit in Betracht kommen.

<sup>817</sup> Zimmermann, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, S. 113 f.

<sup>818</sup> Cabn, JZ 1997, S. 8 (17); Hager, JuS 1985, S. 264.

<sup>819</sup> Siehe § 1 GWB des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957. Mit der 6. Novellierung wurde diese Vorschrift allerdings geändert. Sie stellt nunmehr ein Verbotsgesetz nach § 134 BGB dar, regelt die zivilrechtliche Folge eines Verstoßes also nicht mehr unmittelbar.

<sup>820</sup> Vgl. Ulmer, FS Steindorf, S. 799 (809 f.).



dass methodisch vorsichtige Rechtsanwender eine so weitgehende Rechtsfolge nicht hätten eintreten lassen. Mit der Klarstellung der Nichtigkeit als äußerste Grenze der möglichen Sanktionen hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass auch diese „Höchststrafe“ eine mögliche Rechtsfolge der Verletzung eines Verbotsgesetzes sein kann.<sup>821</sup>

Demgegenüber lässt die Entwicklung der Zivilrechtswissenschaft und Praxis einen Wandel weg von der Totalnichtigkeit zu einer flexiblen Rechtsfolge erkennen.<sup>822</sup> Dieser setzte schon kurz nach Inkrafttreten des BGB in Reaktion auf dessen in Teilen starres Nichtigkeitskonzept ein.<sup>823</sup> Verbotswidrige Rechtsgeschäfte werden nicht mehr per se als nichtig erachtet, vielmehr wird in vielen Fällen versucht, sie soweit wie möglich zu erhalten.<sup>824</sup> Als Beispiele seien hier die Fälle des Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG und des Mietwuchers nach § 291 StGB genannt. Dem Telos dieser Vorschrift würde es nicht entsprechen, den Mietvertrag unter den überhöhten Konditionen fortbestehen zu lassen bzw. der vollständigen Nichtigkeit preiszugeben und den Mieter so seiner Wohnung zu berauben, vielmehr wird der Mietvertrag in diesem Fall zu den höchsten noch möglichen Konditionen aufrechterhalten.<sup>825</sup>

Zwar stellt die Totalnichtigkeit des Rechtsgeschäftes zunächst eine klare und eindeutige Rechtsfolge dar, was im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu begrüßen wäre. In vielen Fällen werden die mit dem Verbotsverstoß einhergehenden Problematiken aber lediglich verlagert.<sup>826</sup> Beispielsweise sind verbotswidrige Arbeitsverträge zwar nichtig, welche Folgen sich aber für die Rückabwicklung des Arbeitsverhältnisses ergeben, ist damit nicht gesagt. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis im Rahmen der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist nur deswegen notwendig geworden, weil man mit der Totalnichtigkeit nicht flexibel auf die besondere Situation fehlerhafter Arbeitsverhältnisse reagieren kann. Letztlich kommt es über die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis damit zu einer „*Vertragskorrektur ohne Vertrag*“.<sup>827</sup>

Gleiches gilt für die häufig diskutierten Fälle des Darlehenswuchers, für die insbesondere die Verfechter der Totalnichtigkeit eine interessengerechte Lösung über eine Kombination aus Konditionssperre und Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB suchen.<sup>828</sup> Letztlich wird auch dadurch dem eigentlich nichtigen Vertrag faktische Bestandskraft verliehen.<sup>829</sup>

---

<sup>821</sup> *Beater*, AcP 1994, S. 505 (512).

<sup>822</sup> *Hopt*, NJW 1985, S. 1665 (1668).

<sup>823</sup> *Damm*, JZ 1986, S. 913 (915).

<sup>824</sup> *Roth*, JZ 1989, S. 411 (413); *Damm*, JZ 1986, S. 913 (915).

<sup>825</sup> BeckOK BGB/*Wendtland*, § 134 Rn. 29.

<sup>826</sup> Dies wird auch von *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393) erkannt.

<sup>827</sup> *Damm*, JZ 1986, S. 913 (924).

<sup>828</sup> *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht, S. 156 ff.

<sup>829</sup> *Danner*, JZ 1980, S. 495 (505).

Solcher „*kompensatorischer Hilfskonstruktionen*“<sup>830</sup> bedarf es jedoch nicht, wenn man die Diskussion in die Unwirksamkeitstatbestände selbst zurückgeführt und die Vertragskorrektur damit auf vertraglicher Ebene vornimmt.<sup>831</sup> Die befürchtete Gefahr einer Aushöhlung der Privatautonomie durch richterliche Vertragsgestaltung besteht letztlich genauso, wenn der Vertrag zwar für nichtig erklärt wird, dann aber ein Ausgleich über das Bereicherungsrecht erfolgt.<sup>832</sup>

Mit Blick auf das Verfassungsrecht ist diese Entwicklung nicht nur zu begrüßen, sondern letztlich sogar zwingend. Die Rechtsfolge eines Verbotsverstößes muss schon deshalb flexibel sein, weil bei Anwendung des § 134 BGB der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden muss.<sup>833</sup> Der Richter hat einen angemessenen Ausgleich zwischen den grundgesetzlich geschützten Interessen der Vertragspartner und den ebenfalls geschützten Schutzgütern des Verbotsgesetzes herzustellen.

Nach richtiger Auffassung ermöglicht die offene Formulierung des § 134 Hs. 2 BGB daher auch weitere Rechtsfolgen, die anstelle der Totalnichtigkeit aus dem Verstoß gegen das Verbotsgesetz folgen.<sup>834</sup> Damit können Besonderheiten der jeweiligen Verbotsnorm wie die Schutzwürdigkeit eines Vertragsteiles oder wertungsmäßige Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung an Ort und Stelle diskutiert werden. Dem Richter dient der Passus als Ansatzpunkt für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der er eine Abwägung zwischen der Privatautonomie der Vertragspartner und dem Schutzzweck des Verbotsgesetzes vorzunehmen hat. Mit der Freiheit, die Rechtsfolge eines Verbotsverstößes jeweils am Einzelfall zu bestimmen, gehen aber auch erhöhte Anforderungen an die richterliche Kommunikation mit den Parteien und den dogmatischen Begründungsaufwand einher. Letzteres insbesondere, um auch der Rechtswissenschaft die Gelegenheit zur Überprüfung der jeweiligen Ergebnisse zu ermöglichen.<sup>835</sup> Ferner müssen die Ergebnisse mit Blick auf die Rechtssicherheit auch ein Mindestmaß an Vorhersehbarkeit behalten.

<sup>830</sup> Damm, JZ 1986, S. 913 (924).

<sup>831</sup> Dauner, JZ 1980, S. 495 (505); vgl. auch Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393), wonach die gezielte Reduktion der Nichtigkeitsfolge eine fallgerechte Vertragsabwicklung ermöglicht.

<sup>832</sup> Dauner, JZ 1980, S. 495 (505).

<sup>833</sup> BVerfGE 30, 173 (199).

<sup>834</sup> Roth, JZ 1989, S. 411 (418) sieht in § 134 BGB eine „*Domäne richterlicher Rechtsschöpfung*“, Beater, AcP 1994, S. 505 (510 f., 527) spricht von einer „*im Grunde unbegrenzten Vielzahl von Sanktionsmöglichkeiten*“ und einer „*weitgehenden richterlichen Vertragsüberprüfung*“, Bork, BGB AT, Rn. 1112 „*weites Spektrum*“, Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung, S. 31 ff., der aber anmerkt, die gesetzeskonforme Fassung des Rechtsgeschäfts müsse für den Richter „*hinreichend deutlich erkennbar*“ sein (S. 220); Köhler, JuS 2010, S. 665 (668) hält eine richterliche Vertragskorrektur nur in begrenzten Ausnahmefällen für zulässig MüKo/Armbrüster, § 134 Rn. 105; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 64.

<sup>835</sup> Damm, JZ 1986, S. 913 (925).

## aa. Teilnichtigkeit

Der Abkehr von der Totalnichtigkeit entsprechend milderte schon das Reichsgericht während des Ersten Weltkrieges die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB in der Weise ab, dass an ihre Stelle eine Anpassung der vertraglichen Abrede trat.<sup>836</sup> Gegenstand damaliger Diskussionen waren Fälle, in denen Rechtsgeschäfte gegen Höchstpreisvorschriften verstießen, die zum Zweck der gerechten, gleichmäßigen Güterverteilung in Kriegszeiten erlassen worden waren. Da die Verbotsgesetze gerade nicht verhindern sollten, dass überhaupt eine Güterbewegung stattfand, hätte es dem Sinn der Vorschriften sogar widersprochen, als Rechtsfolge die vollständige Nichtigkeit eintreten zu lassen. Zum Erreichen des Zwecks war es lediglich erforderlich, den überhöhten Preis anzupassen und das Rechtsgeschäft ansonsten fortbestehen zu lassen. Aus dogmatischer Sicht wurde zur Begründung dieser Rechtsfolge kein großer Aufwand betrieben, das RG knüpfte letztlich an den Zweck der Höchstpreisvorschriften an, ohne tiefgreifender zu argumentieren.<sup>837</sup> § 139 BGB scheidet als Rechtsgrundlage aus, weil danach die Aufrechterhaltung eines Vertragsteiles vom Parteiwillen abhängig ist. Ein entsprechender Wille sei aber gerade auf Verkäuferseite in der Regel nicht feststellbar.<sup>838</sup> Außerdem läge darin ein Zirkelschluss, weil die Anwendbarkeit des § 139 BGB die Nichtigkeit voraussetzt, die aber gerade fraglich ist.

Richtig erscheint demgegenüber eine Herabsetzung des Preises gem. § 655 BGB analog.<sup>839</sup> Danach kann ein unverhältnismäßig hoher Maklerlohn auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden.

Neben Auseinandersetzungen über dogmatische Feinheiten ergab sich aber auch eine Grundsatzdiskussion um die Zulässigkeit einer solchen Teilnichtigkeit. Kritisiert wurde, dass die Aufrechterhaltung eines Vertragsteils letztlich zu einem Vertrag mit nicht gewolltem Inhalt führt, was dem Grundsatz der Privatautonomie zuwiderlaufe. Insbesondere dem Verkäufer werde eine Willenserklärung aufgezwungen, die er nicht abgegeben hat.<sup>840</sup> Die Preisabrede könne nicht vom übrigen Vertragsinhalt abgetrennt werden.<sup>841</sup>

---

<sup>836</sup> RGZ 88, 250 (251 f.); zustimmend: *Oertmann*, JW 1917, S. 225 (257); *Raestrup*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 33 f.; *Beater*, AcP 1994, S. 505 (511).

<sup>837</sup> RGZ 88, 250 (252); 89, 196 (198); 98, 293 (294); 166, 89 (93 f.); siehe auch OGH, NJW 1948, 688.

<sup>838</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 26.

<sup>839</sup> *Raestrup*, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 33 f.

<sup>840</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S. 26 kritisiert, dass diese Lösung faktisch zu einem Kontrahierungszwang des Verkäufers zu von ihm nicht gebilligten Bedingungen hinauslaufe; *von Caemmerer*, JZ 1950, 646 (648) spricht von einer völlig willkürlichen und ungenügenden Lösung.

<sup>841</sup> OLG Dresden, Seuffert's Archiv Band 72, Nr. 1 S. 1; ebenso *Oertmann*, JW 1917, 225 (256).

Der BGH hat die Rechtsprechung des Reichsgerichtes trotzdem fortgeführt und nimmt bei Verstößen gegen Preisvorschriften unter Berufung auf den Normzweckvorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB Teilnichtigkeit der Preisabrede an.<sup>842</sup>

Preisvorschriften waren es dann wiederum, die in neuerer Zeit zu anhaltenden Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung führten. Die Rede ist von den Verbotsvorschriften der Mietpreisüberhöhung bzw. des Mietwuchers aus § 5 WiStG und § 302a StGB aF (nunmehr § 291 StGB)<sup>843</sup>. Telos dieser Vorschriften ist der Schutz des Mieters vor überhöhten Mietzinsen. Wie im Falle des Verstoßes gegen Höchstpreisvorschriften wäre es kontraproduktiv, würde im Falle des Zuwiderhandelns der gesamte Mietvertrag nichtig, da der schutzwürdige Mieter dann auch seinen Anspruch auf Nutzung der Mietsache verlieren würde. Das gilt vor allem vor dem Hintergrund, dass § 5 Abs. 2 WiStG tatbestandlich ein geringes Angebot an vergleichbaren Räumlichkeiten fordert. Aufgrund des knappen Angebotes wäre der Mieter häufig bereit, zu viel zu zahlen, um überhaupt Wohnraum zur Verfügung zu haben, sodass er sich nicht auf den Verbotsverstoß berufen wird.<sup>844</sup> Daher soll die Nichtigkeit nur den Vertragsteil betreffen, der zur Zahlung eines überhöhten Mietzinses verpflichtet.<sup>845</sup> Der Mietzinsanspruch ist also insoweit unwirksam, wie er die zulässige Höhe übersteigt, während der „restliche“ Anspruch und alle anderen vertraglichen Pflichten bestehen bleiben.<sup>846</sup> Umstritten ist, ob sich dieser „Restanspruch“ nach der ortsüblichen Vergleichsmiete<sup>847</sup> oder der gerade noch zulässigen Höchstmiete<sup>848</sup> bestimmt.

Gegen den Zuspruch der noch zulässigen Höchstmiete wird vorgetragen, dass sie dem Vermieter das Risiko seines Gesetzesverstößes nimmt und ihm darüber hinaus durch eine solche geltungserhaltende Reduktion sogar den Anreiz setzt, einen überhöhten Mietzins zu vereinbaren. Im schlechtesten Fall – bei Teilnichtigkeit des Mietzinsanspruchs – hätte er nämlich immer noch einen Zinsanspruch

<sup>842</sup> BGHZ 89, 316, 319 f.; BGH, NVwZ 2015, 459 (462) Rn. 40; BGH, NJW 2008, 55 (56); BGH, NJW-RR 2006, 591; BGH, NJW 2005, 2156.

<sup>843</sup> Ob neben § 138 Abs. 2 BGB noch auf § 134 BGB iVm. § 302a StGB aF bzw. § 291 StGB rekurriert werden kann, ist ebenfalls strittig. Dafür: *Kobte*, NJW 1982, S. 2803 (2804).

<sup>844</sup> *Kobte*, NJW 1982, S. 2803 (2804); *Wolff/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 12

<sup>845</sup> *Lammel*, NZM 1999, S. 989 (990).

<sup>846</sup> Kritisch: *Zimmermann*, AcP 184, S. 505 (508), der zumindest im Fall der Sittenwidrigkeit von der Nichtigkeit der gesamten Preisabrede ausgeht, weil „die Bestimmung insgesamt als anstößig erscheint“. Für den Verbotsverstoß lässt sich aber einwenden, dass dieser gerade in dem überhöhenden Teil der Entgeltabrede liegt.

<sup>847</sup> *Kobte*, NJW 1982, S. 2803 (2807); *Finger*, ZMR 1983, S. 37 (39 f.); *Roth*, JZ 1989, S. 411 (417); *Wolff/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 12; *Palandt/Heinrichs*, § 134 Rn. 27 f.; *MüKo/Armbrüster*, § 134 Rn. 107; im Ergebnis auch *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 30; *Canaris*, FS Steindorf, S. 519 (529).

<sup>848</sup> BGHZ 89, 316 (320 ff.), BGH, NJW 2004, 1740; NJW 2005, 2156; NJW-RR 2006, 591; zustimmend: *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 93; *Erman/Arnold*, § 134 Rn. 50; *Fleindl*, WuM 2013, S. 703 (711); in diesem Punkt rechtgebend sogar *Zimmermann*, AcP 184, S. 505 (510), da es sich gerade nicht um eine Angemessenheitskontrolle handele.

in Höhe dessen, was nach dem Gesetz maximal zulässig ist.<sup>849</sup> Der Einwendung, der Vermieter setze sich zumindest dem Risiko eines Bußgeldes von bis zu 50.000 € aus,<sup>850</sup> kann zunächst entgegengehalten werden, dass es wohl in den wenigsten Fällen zu einer vollständigen Ausschöpfung des gesetzlichen Rahmens kommen dürfte. Darüber hinaus enden Bußgeldverfahren nicht selten mit einer Einstellung, wenn die Verbotswidrigkeit denn überhaupt durch den Mieter geltend gemacht wird.<sup>851</sup> Schließlich wird der gewiefte Wucherer das Bußgeldrisiko zumindest teilweise auf den Mieter abwälzen, indem er den Mietzins entsprechend anpasst.<sup>852</sup> Die präventive Bedeutung eines Risikos für den Vermieter auf zivilrechtlicher Ebene ist daher nicht zu unterschätzen.<sup>853</sup>

Allerdings ist das Zurückschrauben des Anspruchs auf die ortsübliche Vergleichsmiete dogmatisch nur schwer zu konstruieren. Denn die Nichtigkeit kann nur so weit reichen, wie der Inhalt des Rechtsgeschäftes gegen das Verbotsgesetz verstößt.<sup>854</sup> Mit anderen Worten: Hätten die Parteien von Anfang an einen gerade noch zulässigen Mietzins vereinbart, käme mangels Verbotsverstoß keine Herabsetzung in Betracht. Dann kann aber im Falle eines Verstoßes nur eine Herabsetzung auf das gerade noch Zulässige erfolgen. Alles, was darüber hinausgeht, hätte punitiven Charakter und wäre neben der nach § 5 WiStG möglichen Geldstrafe unverhältnismäßig.<sup>855</sup>

#### (1) Halbseitige Teilnichtigkeit

Diese dogmatische Klippe versucht Canaris mit einem „*eigentümliche Mischgebilde aus Vertrags- und Bereicherungsansprüchen, bei dem man von halbseitiger Teilnichtigkeit sprechen kann*“ zu umschiffen.<sup>856</sup> Danach entfällt der Mietzinsanspruch des Vermieters nicht nur teilweise, sondern vollständig. Der Anspruch des Mieters auf Überlassung der Mietsache sowie vertragliche Nebenansprüche bleiben dagegen wirksam. Gleiches gilt für alle vertraglichen Rechte des Vermieters, die nicht mit dem Mietzinsanspruch zusammenhängen, wie zum Beispiel das Kündigungsrecht.

Der Unterschied dieser Lösung zu dem Ansatz einfacher Teilnichtigkeit besteht letztlich in der dogmatischen Begründung der Höhe des tatsächlich zu zahlenden Mietzinses. Im Falle der Teilnichtigkeit hat der Vermieter nach herrschender Auffassung Anspruch auf den maximal erlaubten Betrag, da die Mietzinsabre-

---

<sup>849</sup> Kobte, NJW 1982, S. 2803 (2804); Finger, ZMR 1983, S. 37 (39); Wolf/Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 12 begründen die Begrenzung auf das angemessene Entgelt mit einem Gebot zur geltungserhaltenden Reduktion, welches sich aus den §§ 3a Abs. 2 und 4b S. 1 RVG ergebe.

<sup>850</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 94.

<sup>851</sup> MüKo BGB/Armbrüster, § 134 Rn. 107.

<sup>852</sup> Vgl. Canaris, FS Steindorff, S. 519 (524).

<sup>853</sup> Vgl. auch Kern, FS Gernhuber, S. 191 (206).

<sup>854</sup> BGHZ 89, 316 (321). Zumindest diesbezüglich zustimmend: Canaris, Gesetzliches Verbot, S. 29 f.

<sup>855</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 93.

<sup>856</sup> Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 28 ff.; Zustimmend: LG Mainz, NJW-RR 1998, 48.

de nur in dem Umfang teilnichtig sein kann, in dem sie gegen das Verbotsgesetz verstößt. Mit der Nichtigkeit des gesamten Zinsanspruchs schafft *Canaris* die Möglichkeit, auf die Rechtsfolgen des Bereicherungsrechtes zurückzugreifen, wo im Rahmen des Wertersatzanspruchs des Vermieters nach § 818 Abs. 2 BGB keine Bedenken bestehen, diesen auf das ortsübliche Maß zu begrenzen.<sup>857</sup>

Dem fast schon reflexartig anmutenden Einwand, eine „halbseitige Teilnichtigkeit“ sei dem deutschen Recht fremd,<sup>858</sup> kann nur entgegnet werden, dass eine solche Begrenzung des Rechts auf bereits Vorhandenes jede Form der Rechtsfortbildung im Keim ersticken würde. *Cahn* gibt weiter zu bedenken, dass die dreißigjährige Verjährungsfrist des Bereicherungsanspruchs des Vermieters entgegen der Intention des Konstruktes zu einer späteren Verjährung führen würde, als es bei einem vertraglichen Anspruch der Fall wäre.<sup>859</sup> Die Möglichkeit der längeren Inanspruchnahmen des Mieters ist aber wohl zu verschmerzen, da sie mit einer erheblichen Herabsetzung des ursprünglichen Zahlungsanspruchs einhergeht.

Andere Kritikpunkte lassen sich dagegen nicht so einfach beiseite räumen: Denn so einleuchtend der Ansatz auf den ersten Blick auch sein mag, birgt er doch seinerseits eine nicht unerhebliche dogmatische Tücke. Diese lässt sich wiederum gut am Beispiel des Mietpreisüberhöhung illustrieren: „Erlangtes Etwas“ im Sinne des § 812 BGB wäre die Nutzung der Mietsache. Diese müsste aber auch rechtsgrundlos erlangt worden sein. Von Rechtsgrundlosigkeit kann aber gerade nicht gesprochen werden, da ja nur die Entgeltabrede nichtig ist und der Vertrag im Hinblick auf die Gegenleistung der Gebrauchsüberlassung gerade wirksam bleibt.<sup>860</sup>

*Canaris* erkennt dieses Problem und verteidigt seinen Ansatz, in dem er auf die Möglichkeit einer bereicherungsrechtlichen Rechtsfortbildung verweist. „Erlangtes Etwas“ sei nicht die Nutzung an sich, sondern die unentgeltliche Nutzung, für die es keinen Rechtsgrund gebe.<sup>861</sup> Darüber hinaus ermögliche das Bereicherungsrecht die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB und sei daher gegenüber anderen Lösungsmöglichkeiten vorzuziehen.

Über die Thematik des Mietwuchers hinaus wird kritisiert, dass mit dieser Konstruktion die Problematik des Lohnwuchers, also einer zu niedrigen Gegen-

<sup>857</sup> Ähnlich *Finger*, ZMR 1983, 37 (40); a.A.: *Larenz*, BGB AT, S. 433, wonach der wirkliche Wert der Gebrauchsüberlassung nur schwer feststellbar ist und die Geeignetheit des Bereicherungsrechtes zur Lösung der Problematik abgestritten wird.

<sup>858</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (769); *Bork*, BGB AT, Rn. 1114.

<sup>859</sup> *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (13).

<sup>860</sup> *Köhler*, JZ 1990, S. 466 (467); darauf bezugnehmend *Kern*, FS Gernhuber, S. 191 (195); ablehnend auch: *Roth*, JZ 1989, S. 411 (418); *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (14); *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 97 u. 113.

<sup>861</sup> Zustimmend: *MüKo/Armbrüster*, § 134 Rn. 108, der aber auch auf die von *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (770) vorgeschlagene Anwendung der rechtlichen Unmöglichkeit hinweist.

leistung, nicht gelöst werde.<sup>862</sup> In diesem Fall sei dem Arbeitnehmer nur geholfen, wenn der Lohnanspruch erhöht wird.

*Canaris* erwidert hierauf zunächst die Möglichkeit, dem bewucherten Arbeitnehmer gem. §§ 812, 818 Abs. 2 BGB zumindest den üblichen Lohn zu gewähren. Gebe man sich damit nicht zufrieden, halte die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis eine Möglichkeit bereit, dieses „Sonderproblem“ mit „Sonderregeln“ zu lösen.<sup>863</sup> Viel gewichtiger sei aber, dass das Modell der halbseitigen Teilnichtigkeit nur den verbotswidrig handelnden Vertragsteil (also den wuchernden Arbeitgeber) auf das Bereicherungsrecht verweist. Der Bewucherte behalte gerade seine vertraglichen Ansprüche, sodass ein vertraglicher Anspruch auf das übliche Entgelt gem. § 612 Abs. 2 BGB analog bejaht werden könne.

Ganz allgemein spreche für seine Konstruktion, dass sie eine wertungsmäßige und dogmatisch konsistente Brücke zwischen allen Fällen der Gesetzeswidrigkeit zu spannen vermag und damit die lange gesuchte Verbindung zwischen Wertungseinheit und Sachgerechtigkeit schafft.<sup>864</sup> Daher sei die gewisse Kühnheit, die dem Vorschlag zugesprochen wird,<sup>865</sup> zu verschmerzen. Schließlich sei der Anwendungsbereich des Konstruktes nicht auf die Wucherproblematiken begrenzt.<sup>866</sup> Es sei vielmehr geeignet, das Dilemma, welches die „Alles-Oder-Nichts“-Lösung des § 134 Hs. 2 BGB in allen Fällen einseitiger Gesetzesverstöße für die Rechtsprechung bedeutet, aufzulösen. Der BGH schwanke in Fällen einseitiger Verbotsverstöße stets zwischen Schutzwürdigkeit des Vertragspartners und der Präventionsfunktion des jeweiligen Verbotsgesetzes hin und her. Nach der vorgeschlagenen Lösung würde der Delinquent seine Ansprüche vollständig verlieren, während der Vertragspartner seinen vertragsrechtlichen Schutz nicht einbüßt. Damit lasse diese Lösung beide Interessen vollständig zur Entfaltung kommen.<sup>867</sup>

So charmant dieser allumfassende Lösungsansatz auch daherkommt, ist er dennoch abzulehnen. Zunächst verwischt *Canaris* hinsichtlich der Frage nach dem „erlangten Etwas“ unzulässigerweise den Bereicherungsgegenstand mit der vertraglich vereinbarten Gegenleistung. Erlangt wird immer ein vermögensrechtlicher Vorteil. Im Falle der Mietpreisüberhöhung wäre das die Nutzung der Mietsachen, unabhängig davon, ob der Vertragspartner dafür eine Gegenleistung erhält. Ob die Nutzung durch den Bereicherungsschuldner unentgeltlich erfolgt, spielt an dieser Stelle keine Rolle und wird erst im Rahmen der Rechtsfolge relevant.

Daneben ist auch der Charakter des Mietvertrages als Dauerschuldverhältnis problematisch. Denn nach diesem Ansatz entsteht ein Mietvertrag ohne Entgeltabrede; ein Anspruch auf Wertersatz ergibt sich immer nur, nachdem Nutzungen

---

<sup>862</sup> Hager, JuS 1985, S. 269.

<sup>863</sup> *Canaris*, FS Steindorff, S. 519 (530).

<sup>864</sup> *Canaris*, FS Steindorff, S. 519 (530).

<sup>865</sup> Roth, JZ 1989, 418 f.

<sup>866</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 31.

<sup>867</sup> *Canaris*, FS Steindorff, S. 519 (532).

gezogen wurden, also für die Vergangenheit. So könnte man die Frage aufwerfen, ob für die Zukunft überhaupt noch von einem Mietvertrag ausgegangen werden kann, oder ob nicht vielmehr eine, der unentgeltlichen Gebrauchsüberlassung eher entsprechende, Leihe vorliegt. Die Einordnung des Vertragstypus hätte beispielsweise Einfluss darauf, ob für die Zukunft mietrechtliches Gewährleistungsrecht anwendbar ist. Darüber hinaus ist schon fraglich, ob der Wegfall der Mietzinsabrede als *essentiale negotium* nicht die Unwirksamkeit des gesamten Mietvertrages zur Folge hat<sup>868</sup> und damit das Gegenteil von dem erreicht, was *Canaris* mit seiner Konstruktion ursprünglich schaffen wollte.

Letztlich führt diese Konstruktion zur Lösung einer dogmatischen Schwierigkeit zu neuen Ungereimtheiten an anderer Stelle. Die Begrenzung des Anspruchs des Vermieters auf die ortsübliche Miete kann also ebenso gut mit der dogmatisch schwachen Begründung der Teilnichtigkeit erfolgen, wie sie mit der dogmatisch schwach begründeten halbseitigen Teilnichtigkeit herbeigeführt werden kann.<sup>869</sup>

## (2) Ausweitung des Nichtigkeitsbegriffs

Einen anderen Begründungsansatz zur Einschränkung der Nichtigkeitsanktion in Fällen, in denen der Zweck des Verbotsgesetzes gegen eine vollständige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes spricht, vertritt *Cahn*. Seiner Ansicht nach erschöpft sich die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht in der bloßen Außerkraftsetzung von Rechtswirkungen, vielmehr enthalte diese auch ein rechtsgestaltendes Element. Es soll nicht nur einer vereinbarten Rechtsfolge die Geltung abgesprochen werden, sondern diese Rechtsfolge, die beispielsweise dem Zweck eines Verbotsgesetzes zuwiderläuft, soll durch eine solche ersetzt werden können, die dem Zweck des Verbotes entspricht.<sup>870</sup>

Mit dieser Auffassung entzieht sich der *Cahn* letztlich jeglicher dogmatischer Begründungszwänge, indem er dem Nichtigkeitsbegriff eine bisher nicht gekannte Reichweite zugesteht. Alle Fragen, die bisher auf Ebene der weiteren Rechtsfolgen der Nichtigkeit insbesondere im Bereicherungsrecht zu klären waren, können bereits bei der Frage, wie weit die Nichtigkeit reicht, beantwortet werden.

Einer solchen Auslegung steht aber der klare Wortlaut des § 134 BGB entgegen. Nichtigkeit meint eben nicht die Gestaltung einer neuen Rechtsfolge, die dem Zweck des Verbotsgesetzes eher entspricht, sondern die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes.<sup>871</sup> Dafür spricht auch ein systematischer Vergleich mit § 313 BGB, wo der Gesetzgeber ein solches gestalterisches Moment explizit vorsieht.

<sup>868</sup> Vgl. Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 92 (hier als Argument gegen die Gesamtnichtigkeit einer wucherischen Mietzinsabrede).

<sup>869</sup> Vgl. auch *Bork*, BGB AT, Rn. 1114; Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 112 f.; *Köhler*, JZ 1990, S. 466 (467); im Ergebnis auch *Kern*, FS Gernhuber, S. 191 (195).

<sup>870</sup> *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (16 f.); kritisch: Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 89.

<sup>871</sup> Siehe oben unter § 7 I 2. d.



Diese Vorschrift lässt dann aber den Rückschluss zu, dass eine Vertragsanpassung bei § 134 BGB gerade nicht gewollt war.

Darüber hinaus bedingt der von *Cahn* gepriesene dogmatisch einheitliche Lösungsansatz<sup>872</sup> letztlich eine vollständige Umgehung der Dogmatik des Bereicherungsrechts.<sup>873</sup> Insbesondere die Regelungen der Leistungskondition sind darauf angelegt, von der Rechtsordnung für ungültig befundene Verträge rückabzuwickeln. Dann dürfen ihre Vorgaben aber nicht durch eine weite Auslegung des Nichtigkeitsbegriffs auf vertraglicher Ebene untergraben werden. Letztlich würde eine solche Loslösung von einer dogmatischen Anknüpfung die Nachvollziehbarkeit und auch die Überprüfbarkeit gerichtlicher Entscheidungen schmälern. Neben der Wortlautgrenze spricht daher auch der Grundsatz der Rechtssicherheit gegen die Auffassung von *Cahn*.

#### bb. Relative Nichtigkeit bzw. schwebende Unwirksamkeit

Nach einer anderen Auffassung soll sich nur der Vertragsteil auf die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts berufen können, dessen Interessen die nichtigkeitsbegründende Norm schützen will. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, soll auch der andere Vertragsteil das Geschäft gegen sich gelten lassen müssen.<sup>874</sup>

Fraglich ist allerdings schon, inwieweit diese Auffassung beispielsweise im Falle des Mietwuchers weiterhelfen soll. Der Mieter stünde vor der Wahl, das Geschäft gelten zu lassen und den überhöhten Mietzins zu zahlen oder sich auf die Nichtigkeit zu berufen und die Wohnung zu räumen. Erkennbar ist dieser Ansatz also nicht zielführend.<sup>875</sup> Gleiches gilt im Falle von Wucherdarlehen. Eine Art Rosinenpicken, bei dem der schutzwürdige Vertragspartner sich immer dann auf die Nichtigkeit berufen kann, wenn sie ihm gerade nutzt, dürfte der Vorschlag wohl nicht enthalten. In anderen Fallgestaltungen mag dieser Ansatz aber möglicherweise sinnvoll sein.

Der relativen Nichtigkeit entspricht im Wesentlichen das Modell der schwebenden Unwirksamkeit. Danach kann von der starren Nichtigkeitsanktion in Fällen abgewichen werden, in denen das gesetzliche Verbot einen Dritten schützen soll. Hier ist es denkbar, lediglich eine schwebende Unwirksamkeit anzunehmen, um dem Dritten die Möglichkeit der Genehmigung eines für ihn günstigen Rechtsgeschäftes zu erhalten. Eine solche Lösung kommt beispielsweise in Fällen der Untreue in Betracht, in denen der Treugeber einen Vorteil aus dem treuwidrigen Rechtsgeschäft erlangt.<sup>876</sup>

---

<sup>872</sup> *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (17).

<sup>873</sup> Was dem Autor zwar bewusst ist, jedoch mit Blick auf die mit § 817 BGB verbundenen Unsicherheiten gerechtfertigt erscheint, siehe *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (18).

<sup>874</sup> U. *Hübner*, FS H. Hübner, S. 487 (495); siehe auch BeckOGK BGB/*Vossler* § 134 Rn. 86.1.

<sup>875</sup> *Cahn*, JZ 1997, S. 8 (14).

<sup>876</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 28.

Gleiches gilt für Verbotsnormen, die die freie Willensbildung des Vertragspartners schützen sollen wie im Falle des § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO. Auch hier sollte die Möglichkeit der Genehmigung bestehen bleiben, da die Regelung ansonsten entgegen ihres intendierten Schutzes zu einem Nachteil für den anderen Teil würde.<sup>877</sup> Dafür spricht auch ein Vergleich mit § 123 BGB, der bei Täuschung oder Drohung ebenfalls nicht in jedem Fall die Nichtigkeit anordnet, sondern dem Anfechtungsberechtigten die Wahl überlässt.<sup>878</sup> Zwar mangelt es im Unterschied dazu in § 134 BGB an einer ausdrücklichen Regelung, trotzdem ist der Schutz der Privatautonomie des einzelnen ein allgemeiner Rechtsgedanke, der auch im Rahmen des Normzweckvorbehaltes des § 134 Hs. 2 BGB zu beachten ist.

Darüber hinaus ist diese Rechtsfolge, wie schon erwähnt, auch bei Verstößen gegen das Ladenschlussgesetz zu wählen.<sup>879</sup>

Schließlich komme diese abgemilderte Rechtsfolge auch in Fällen in Betracht, in denen eine behördliche Genehmigung zwar beantragt, aber noch nicht erteilt wurde.<sup>880</sup>

#### cc. Nichtigkeit *ex nunc*

In Betracht kommt auch, die Nichtigkeitsfolge auf die Zukunft zu beschränken, also auf die Zeit nach der Geltendmachung des Verbotsverstößes.<sup>881</sup> Damit ginge die Folge einher, dass für die vor dem Verstoß erlangten vertraglichen Leistungen weiterhin ein Rechtsgrund bestünde, sodass beispielsweise eine gezahlte Vergütung nicht nach den Regeln über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangt werden kann.<sup>882</sup> Gleichzeitig behält der Vertragspartner aber auch die Möglichkeit, vertragliche Schadensersatzansprüche wegen Schlechtleistung geltend zu machen, die vor dem Gesetzesverstoß stattgefunden haben.

Die Nichtigkeit *ex nunc* kommt insbesondere bei fehlerhaften Dauerschuldverhältnissen wie Arbeits- und Gesellschaftsverträgen zur Anwendung. Zur Vermeidung von Rückabwicklungsschwierigkeiten und aus Schutzgesichtspunkten wurden die Rechtsinstitute der fehlerhaften Gesellschaft bzw. des fehlerhaften Arbeitsvertrages begründet.<sup>883</sup>

<sup>877</sup> Hopt, NJW 1985, S. 1665 (1668).

<sup>878</sup> Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 38; Vgl. auch Raestrup, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 25.

<sup>879</sup> Siehe schon unter § 7 I. 1. d. dd.

<sup>880</sup> Beater, AcP 1994, S. 505 (511) unter Verweis auf BAG, NJW 1969, 2111 (2112). Allerdings geht aus dem Urteil hervor, dass es mangels Aufnahme der Beschäftigung durch den ausländischen Arbeitnehmer noch gar nicht zu einem Verstoß gegen das gesetzliche Verbot gekommen war. Damit kann die Rechtsfolge des § 134 BGB nicht eintreten, auch nicht die schwebende Unwirksamkeit.

<sup>881</sup> BGH, NJW 2009, 3297 (3299 f.); so auch Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 100; Jousen, NZA 2006, S. 963 (964) siehe ferner BGH, NJW 2014, 3016 (3020) Rn. 44.

<sup>882</sup> BGHZ 53, 152 (158 f.); ebenso Beater, AcP 1994, S. 505 (511); Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 102.

<sup>883</sup> Siehe zB. BeckOGK BGB/Maties, § 611a Rn. 670; MüKo BGB/Schäfer, § 705 Rn. 324 und eingehend unter § 10 I. 1. a.

#### dd. Zwischenergebnis

In Literatur und Rechtsprechung ist ein Trend weg von der starren Totalnichtigkeit und hin zu einer flexibleren Rechtsfolge erkennbar, die verstärkt auf die jeweilige Fallgestaltung zugeschnitten ist. Hintergrund der modifizierten Rechtsfolge ist meist die Überlegung, der durch die Verbotsnorm geschützten, typischerweise schwächeren Vertragspartei neben den mit dem Vertrag verbundenen Nachteilen nicht auch die Vorteile zu nehmen. Das Rechtsgeschäft soll insbesondere dann teilweise erhalten werden, wenn die vollständige Aufhebung den Schutzzweck der Verbotsnorm gefährden würde.<sup>884</sup> Trotzdem gilt es, dogmatische Grenzen nicht vollständig hinter sich zu lassen. Die Rechtsfigur der halbseitigen Teilnichtigkeit ist daher abzulehnen. In Betracht kommen neben der Totalnichtigkeit und der vollständigen Wirksamkeit mithin die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit gegebenenfalls in Kombination mit § 313 BGB, der Nichtigkeit *ex nunc*, der relativen Nichtigkeit sowie der schwebenden Unwirksamkeit.

#### f. Kriterien für die Anwendung des Normzweckvorbehaltes

Die offene Formulierung des Normzweckvorbehaltes hat zu einer stark einzelfallbezogenen Kasuistik geführt. Mit Blick auf den Gedanken der Rechtssicherheit ist es aber notwendig, belastbare Kriterien herauszuarbeiten, um die Rechtsfolge eines Verbotsverstößes abschätzen zu können. In der Literatur wird daher regelmäßig der Versuch unternommen, die ergangenen Entscheidungen dogmatisch einzuordnen und verallgemeinerungsfähige Kriterien zu extrahieren.<sup>885</sup>

#### aa. Inhaltsverbote

Zunächst kann darauf abgestellt werden, ob das Verbotsgesetz sich gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richtet oder nur gegen die äußeren Umstände seines Zustandekommens.<sup>886</sup>

Inhaltsverbote sind solche, die sich gegen die versprochene Leistungshandlung oder den Leistungserfolg eines Rechtsgeschäftes richten.<sup>887</sup> Beispielsweise stellt § 203 StGB ein Inhaltsverbot für einen Kaufvertrag über eine Arztpraxis dar, wenn die Übergabe der Patientenakten ohne Einverständnis erfolgen soll.<sup>888</sup> Das Gesetz missbilligt den Leistungserfolg insoweit, als dass dieser auch in der Übergabe der Patientenakten liegt.

Eine Besonderheit stellen Konstellationen dar, in denen Handlung oder Erfolg aus Gründen verboten sind, die in der Person einer der Vertragsparteien liegen. Beispielhaft kann hier der Vertragsschluss mit einem nicht zugelassenen Rechtsbe-

---

<sup>884</sup> Damm, JZ 1986, S. 913 (915).

<sup>885</sup> Kritisch gegenüber den hierzu entwickelten Kategorien zeigt sich Damm, JZ 1986, 913 (925 f.).

<sup>886</sup> Kritisch gegenüber dieser Unterscheidung Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 62 f.

<sup>887</sup> Jäpel, Gesetzliches Verbot, S. 23; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 1.

<sup>888</sup> BGHZ 116, 268 (272).

rater gem. §§ 134 BGB i. V. m. § 3 RDG<sup>889</sup> bzw. § 1 Abs. 1 S. 1 RBerG<sup>890</sup> a.F. genannt werden. *Canaris* vertritt die Auffassung, dass solche Fälle nicht unter die Inhaltsverbote zu subsumieren sind, sondern eine eigene Fallgruppe bilden.<sup>891</sup> Der Grund für das Verbot liege nicht im Inhalt des Rechtsgeschäfts oder den Umständen, unter denen es abgeschlossen wird. Vielmehr soll die Rechtsberatung gem. § 1 Abs. 1 S. 2 RDG nur durch Personen erfolgen, die ihre diesbezügliche Qualifikation unter Beweis gestellt haben, sodass die gesetzliche Missbilligung allein in der Person des Vertragspartners liegt.

Richtigerweise sind diese Fälle aber auch unter die Gruppe der Inhaltsverbote zu fassen.<sup>892</sup> Leistungshandlung oder Erfolg sind aus Gründen verboten, die in einer der Vertragsparteien liegen. Man könnte also von einem Inhaltsverbot aus Gründen, die in der Person einer Vertragspartei liegen, sprechen.

Nachdem nun klargestellt ist, welche Fallgruppen nach hier vertretener Auffassung unter die Inhaltsverbote fallen, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge in den genannten Fällen. Dabei ist eine Differenzierung danach vorzunehmen, ob die verbotswidrige Leistungspflicht bereits erfüllt wurde oder bisher noch keine Erfüllung eingetreten ist.

#### (1) Nicht erfüllte verbotswidrige Ansprüche

Liegt noch keine Erfüllung vor, ist die Rechtsfolge des Verbotsverstößes umstritten. Zunächst erscheint es mit Blick auf den Zweck der Einheit der Rechtsordnung folgerichtig, das Rechtsgeschäft als nichtig zu betrachten. Diesem widerspräche es, würde das öffentliche Recht eine Handlung verbieten, während auf zivilrechtlicher Ebene ein vertragliches Gebot zu eben jener Handlung Bestand hätte.<sup>893</sup> Noch deutlicher wird dies, wenn man die Situation weiterdenkt. Ohne Nichtigkeit bestünde ein einklagbarer Anspruch auf die verbotswidrige Leistung. Der Richter wäre gezwungen, den Schuldner zu einer Leistung zu verurteilen, die gegen eine öffentlich-rechtliche Norm verstößt. Ist die Verbotsnorm strafbewehrt und erfüllt der Verurteilte noch im Gericht, müsste der Richter diesen sogar den Strafverfolgungsbehörden melden, § 183 GVG.<sup>894</sup> Ferner ist er als staatliche Institution an den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 3 GG gebunden. Gleiches gilt im Übrigen für den Gerichtsvollzieher im Rahmen der

<sup>889</sup> Rechtsdienstleistungsgesetz vom 12. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2840), das zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 12. Mai 2017 (BGBl. I S. 1121) geändert worden ist.

<sup>890</sup> Rechtsberatungsgesetz vom 13.12.1935 (RGBl. I S. 1478) (BGBl. III/FNA 303-12), das zuletzt durch Art. 20 Nr. 1 des Gesetzes vom 12.12.2007 (BGBl. I S. 2840) geändert wurde.

<sup>891</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 40 ff.

<sup>892</sup> Ebenso zumindest für einen Teil solcher Fälle: *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 24.

<sup>893</sup> *Bork*, BGB AT, Rn. 1113; *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 647; i. E. auch *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 114.

<sup>894</sup> *Beater*, AcP 197, S. 505 (507).

Zwangsvollstreckung.<sup>895</sup> Mit Annahme der Nichtigkeit können diese Widersprüche vermieden werden.

Diese Argumentation greift allerdings nur, wenn die Vornahme der vertraglichen Leistung schlechterdings verboten ist. Ist ein Rechtsgeschäft aus Gründen verboten, die in der Person einer Vertragspartei liegen, kann diese sich zur Erfüllung einer Person bedienen, die von dem Verbot nicht betroffen ist.<sup>896</sup>

#### (a) Lösung über die anfängliche Unmöglichkeit?

Im Zuge der Schuldrechtsreform hat sich in der Literatur jedoch eine Auffassung gebildet, nach der die Lösung dieser Fallgruppe nicht mehr in § 134 BGB, sondern im Unmöglichkeitsrecht zu suchen ist. Danach ist dem verbotswidrigen, nicht erfüllten Anspruch die rechtliche Unmöglichkeit nach § 275 Abs. 1 BGB entgegenzuhalten.<sup>897</sup> War eine Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen des § 134 BGB und der anfänglichen Unmöglichkeit früher nicht erforderlich, ist die Problematik mit der Schuldrechtsmodernisierung entscheidungserheblich geworden:<sup>898</sup> Ursprünglich sah das Gesetz in beiden Fällen die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes vor, für den Verbotsverstoß in § 134 BGB und für die anfängliche Unmöglichkeit in § 306 BGB a.F. Nach heutiger Rechtslage sind auf anfänglich unmögliche Leistungen gerichtete Verträge dagegen grundsätzlich wirksam, § 311a Abs. 1 BGB. Unterschiede ergeben sich dabei im Rahmen von Sekundäransprüchen im Schadensfall. Geht man nach § 134 BGB von der Nichtigkeit des Vertrages aus, kommt neben dem Deliktsrecht allein ein Anspruch aus *culpa in contrabendo* gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB in Betracht. Ersatzfähig ist danach aber nur das negative Interesse. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn er von der Möglichkeit des Geschäftes nie erfahren hätte.<sup>899</sup> Wendet man dagegen die Regeln der rechtlichen Unmöglichkeit an, bleibt der Vertrag als solcher wirksam, lediglich der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen. Ein Schadensersatzanspruch ergibt sich aus § 311a Abs. 2 BGB, wobei das positive Interesse ersetzt wird. Der Geschädigte ist so zu stellen, wie er stünde, wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre. Danach ist beispielsweise auch ein etwaiger entgangener Gewinn ersatzfähig.<sup>900</sup> Letztlich könnte der Geschädigte nach den Regeln des Unmöglichkeitsrechts im Schadensfall also unter Umständen mehr verlangen als bei einem auf die Nichtigkeit des Vertrages folgenden Anspruch aus *culpa in contrabendo*.

---

<sup>895</sup> Jäpel, Gesetzliches Verbot, S. 61.

<sup>896</sup> BGHZ 89, 369 (374).

<sup>897</sup> Siehe hierzu die ausführliche Betrachtung bei Jäpel, Gesetzliches Verbot; ferner: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/Rieble, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S. 137 (149); Köhler, JZ 2010, S. 767 (770); Köhler, JuS 2010, S. 665 (666 f.).

<sup>898</sup> Windel, ZGS 2003, S. 466 (471); Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 119.

<sup>899</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 129.

<sup>900</sup> MüKo BGB/Oetker, § 249 Rn. 128.

Das wirft die Frage nach dem Verhältnis der Rechtsinstitute auf. *Köhler* argumentiert, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip die Anwendung der Regelungen über die rechtliche Unmöglichkeit gegenüber der *ultima ratio* einer Nichtigkeit nach § 134 BGB erfordere.<sup>901</sup>

In Anbetracht des Normzweckvorbehaltes in § 134 BGB vertritt *Jäpel*, aus § 311a Abs. 1 BGB ergebe sich im Falle eines auf eine verbotswidrige Erfüllung gerichteten Rechtsgeschäftes „*ein anderes*“.<sup>902</sup> Eine Ausnahme von der Nichtigkeit ergibt sich nach *Jäpel* aus der in § 311a Abs. 1 BGB normierten Entscheidung des Gesetzgebers, den Vertrag entgegen der Nichtigkeitssanktion erhalten zu wollen.<sup>903</sup> Danach gehen die Regelungen zur anfänglichen Unmöglichkeit der Vorschrift des § 134 BGB vor, die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit wären gegenüber der Nichtigkeit spezieller.<sup>904</sup>

Für den Vorrang des Unmöglichkeitsrechts spreche insbesondere, dass ein Schadensersatzanspruch nicht auf das negative Interesse begrenzt wäre.<sup>905</sup> Auch eine Gefährdung des Zwecks der Verbotsnorm erfolge durch die Annahme der Unmöglichkeit nicht, da sowohl im Falle der Unmöglichkeit als auch der Nichtigkeit kein vertraglicher Anspruch besteht. Ob das Rechtsgeschäft nach § 134 BGB nichtig oder der Anspruch auf die Leistung nach § 275 I BGB ausgeschlossen ist, mache keinen Unterschied.<sup>906</sup> Daneben sei der Vertragspartner geschützt, weil § 326 Abs. 1 S. 1 BGB den Anspruch auf die Gegenleistung entfallen lässt.<sup>907</sup> Systematisch wäre § 134 BGB zwar eigentlich vor der rechtlichen Unmöglichkeit bei der Frage der Entstehung des Anspruchs zu prüfen, während die Unmöglichkeit die Frage betrifft, ob der Anspruch erloschen ist. Jedoch seien die in § 311 Abs. 1 BGB enthaltenen Wertungen über § 134 Hs. 2 BGB schon bei der Anspruchsentstehung zu berücksichtigen.<sup>908</sup>

Mit dieser grundsätzlichen Einordnung ist allerdings noch nichts darüber gesagt, wann das Rechtsgeschäft im Einzelfall nichtig ist und wann unmöglich.

*Jäpel* differenziert diesbezüglich nach der subjektiven Vorstellung der Vertragsparteien. War beiden Parteien die Verbotswidrigkeit des Rechtsgeschäftes bei Vertragsschluss bewusst, sei diese Unrechtsabrede nach § 134 BGB nichtig. Dies gelte sowohl bei Verboten zum Schutz von Dritten oder der Allgemeinheit als auch bei solchen zum Schutz des Gläubigers der verbotswidrigen Leistung.

Hatte nur eine oder keine Partei Kenntnis von der Verbotswidrigkeit, liege ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit vor. Teilweise verneint er § 134 BGB dazu

<sup>901</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (770); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666).

<sup>902</sup> Dass der Bezugspunkt des Vorbehaltes über das einzelne Verbotsgesetz hinausgeht, wurde bereits erläutert, siehe unter § 7 I. 2. b.

<sup>903</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 105.

<sup>904</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 102.

<sup>905</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 150.

<sup>906</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 109.

<sup>907</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (770); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (667).

<sup>908</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 102.

schon auf Tatbestandsebene, weil die Parteien die Legalität der Leistung in den Vertrag aufgenommen haben und somit das Rechtsgeschäft nicht auf einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz gerichtet ist. Für alle anderen Fälle ergebe sich die Anwendbarkeit des Unmöglichkeitensrechts aus dem Normzweckvorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB. Auf die Schutzrichtung des Verbotes komme es auch in diesem Fall nicht an.<sup>909</sup>

### (b) Stellungnahme

Zunächst ist mit Blick auf diese Auffassung zu fragen, ob der Bezugspunkt des Normzweckvorbehaltes nicht über die Maßen ausgedehnt wird, wenn man unter die Formulierung „aus dem Gesetz“ auch die Vorschriften des Unmöglichkeitensrechts fasst. Wie dargestellt, ist die Formulierung auf solche Vorschriften begrenzt, die in den von der Verbotsvorschrift betroffenen Regelungsbereich fallen.<sup>910</sup> *Sack* und *Seibl* sprechen von „Vorschriften [...], die in ihrem systematischen Kontext den Regelungsgegenstand der in Frage stehenden Verbotsnorm betreffen“.<sup>911</sup> Auch *Jäpel* selbst setzt einen Zusammenhang zu dem Verbotsgesetz voraus.<sup>912</sup> Dieser Zusammenhang oder systematische Kontext zwischen Verbotsgesetz und Unmöglichkeit besteht aber nur dann, wenn neben der Rechtsfolge des § 134 BGB die Regelungen der Unmöglichkeit überhaupt Anwendung finden. Das Verhältnis dieser Rechtsinstitute ist aber gerade die Ausgangsfrage, sodass diese Ansicht mit der Behauptung, die Regelungen der Unmöglichkeit fielen unter den Normzweckvorbehalt, voraussetzt, was zu beweisen wäre. Ihre dogmatische Anknüpfung beruht damit auf einem Zirkelschluss.

Darüber hinaus ist der Aussage *Köhlers*, mit § 326 Abs. 1 BGB stehe dem Gläubiger ein ausreichender Schutz zur Verfügung, die Abdingbarkeit der Vorschrift entgegenzuhalten.<sup>913</sup> Zur Erklärung kann der von *Köhler* selbst besprochene „Wunderheilerfall“<sup>914</sup> herangezogen werden: Hierzu ist die Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>915</sup> aus dem Jahr 2011 zu beachten, wonach im Falle eines Vertrages mit einer Wahrsagerin wegen § 275 Abs. 1 BGB zwar keine Leistungspflicht derselben besteht, sie aber trotzdem einen Anspruch auf die vereinbarte Bezahlung hat, weil die Parteien den Vertrag in Kenntnis der Unmöglichkeit geschlossen und die Wirkung des § 326 Abs. 1 BGB daher abbedungen hatten. Daraus folgt, dass der Gläubiger der rechtlich unmöglichen Leistung keineswegs

---

<sup>909</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 116 ff.; zustimmend: *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134, Rn. 119, die aber auch die Möglichkeit wertungsmäßig fragwürdiger Ergebnisse feststellen und daher eine Überprüfung der Einordnung in jedem Einzelfall nahelegen und im Zweifel von der Nichtigkeit ausgehen.

<sup>910</sup> Siehe unter § 7 I. 2. b.

<sup>911</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 64.

<sup>912</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 102.

<sup>913</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 119.

<sup>914</sup> *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666 f.).

<sup>915</sup> BGHZ 188, 71 (76).

immer vor einem Gegenleistungsanspruch des Schuldners geschützt ist. Hat sich der Wunderheiler also zu einer verbotswidrigen Heilbehandlung verpflichtet, die nach der Auffassung im Schrifttum die rechtliche Unmöglichkeit zur Folge hat, besteht die Gefahr, dass die Rechtsprechung ihm trotzdem einen Honoraranspruch zugesteht. Ist der Vertrag aber nach § 134 BGB nichtig, ist ein solcher Anspruch in jedem Fall ausgeschlossen.

Der Ansatz *Jäpels* führt zu wertungsmäßig kaum nachvollziehbaren Ergebnissen:<sup>916</sup> Bei einem verhältnismäßig geringfügigen Verstoß, wie dem gegen das LadSchlG, wäre nach dortiger Konzeption der Vertrag nach § 134 BGB vollständig nichtig, weil sich beide Vertragsparteien des Verbotsverstoßes bewusst waren. Demgegenüber würde ein Vertrag bei gewichtigeren Verstößen grundsätzlich wirksam bleiben, wenn nur eine Partei Kenntnis von dem Verbotsverstoß hatte. So bliebe ein erschlichener Arbeitsvertrag mit einem Krankenträger grundsätzlich wirksam, obwohl der Arbeitnehmer über das Vorhandensein einer Approbation mittels Fälschung der erforderlichen Unterlagen getäuscht hat. Sieht man – wie es insbesondere auch *Köhler* als Vertreter einer vorrangigen rechtlichen Unmöglichkeit –<sup>917</sup> die Nichtigkeit eines Vertrages als *ultima ratio* an, so ist dieses Ergebnis nicht zu erklären. Auch *Jäpel* sieht in der Nichtigkeit „das schärfste Schwert unter den zivilrechtlichen Sanktionen gegenüber privaten Abmachungen“.<sup>918</sup> Dann ist es aber umso unverständlicher, dass er dieses Schwert im Falle des Verstoßes gegen das Ladenschlussgesetz anwenden will, nicht aber bei einem Verstoß gegen § 2 BÄO. Auch das Bundesarbeitsgericht in der bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahre 2005 formuliert:

*„Es genügt nicht, ein (anfängliches) Unvermögen des Arbeitnehmers zur Leistungserbringung nach § 297 BGB bei wirksam zu Stande gekommenem und fortbestehendem Vertrag anzunehmen; denn dann würde die unerlaubte und inhaltlich zu missbilligende Tätigkeit doch vertraglich geschützt [...]“*<sup>919</sup>

Ferner hätte die Aufrechterhaltung des Vertrages zwar keine Primärrechte des Behandelnden zur Folge, weil dem Vergütungsanspruch § 326 Abs. 1 BGB entgegensteht. Unter Umständen könnte er aber vertragliche Sekundärrechte geltend machen, beispielsweise wenn der Patient einen Schaden am Praxisinventar verursacht hat. Die Vorteile eines Vertragsverhältnisses sollen dem Behandelnden aber gerade genommen werden, was nur mithilfe von § 134 BGB sichergestellt werden kann. Zwar käme bei Anwendung des § 134 BGB auch ein quasivertraglicher Anspruch nach den Regelungen der *culpa in contrahendo* in Betracht. Dieser Anspruch besteht nach hier vertretener Auffassung aber nur, wenn der Behandelnde gutgläubig war.<sup>920</sup> Ein bösgläubiger Behandelnder könnte bei Anwendung des

<sup>916</sup> Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 119.

<sup>917</sup> *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (768); *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666).

<sup>918</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 33 und 151.

<sup>919</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>920</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 7.



Unmöglichkeitserchts also einen vertraglichen Schadensersatzanspruch innehaben, obgleich ihm die Vorteile des Vertragsrechts nicht zugutekommen sollen. Der Behandelnde würde durch die unerlaubte Tätigkeit vertraglich geschützt.<sup>921</sup>

Schließlich bleibt noch einzuwenden, dass im Falle bereits erfüllter Leistungspflichten der Weg über das Unmöglichkeitsercht verschlossen wäre. Nach Auffassung *Jäpels* kann trotz rechtlicher Unmöglichkeit Erfüllung der Leistungspflicht eintreten.<sup>922</sup> Ist der Anspruch auf die verbotswidrige Leistung erfüllt, erlischt er, § 362 Abs. 1 BGB. Dann fehlt es aber an einem Anknüpfungspunkt für die Unmöglichkeit. Damit hängt die Anwendung der rechtlichen Unmöglichkeit letztlich vom Zufall ab. Ist sie bereits erfüllt worden, wäre § 134 BGB anzuwenden, weil die rechtliche Unmöglichkeit über den Normzweckvorbehalt auf Grund der Erfüllung nicht zu beachten wäre.<sup>923</sup> Haben die Parteien noch nicht geleistet, ist die Leistung rechtlich unmöglich. Damit würde die rechtliche Behandlung eines einheitlichen Lebenssachverhaltes in unangemessener Weise aufgespalten. Es drängt sich vielmehr auf, beide Konstellationen einheitlich unter Anwendung des § 134 BGB zu lösen.

Auf ein Rechtsgeschäft, dessen Erfüllung einen Verbotsverstoß beinhalten würde, ist folglich § 134 BGB anzuwenden.<sup>924</sup> Rechtliche Unmöglichkeit kann in diesem Fall mangels Anknüpfungspunktes nicht eintreten, da ein nichtiger Vertrag keine Leistungspflichten begründet.

## (2) Erfüllte Rechtsgeschäfte

Ist das Rechtsgeschäft bereits erfüllt und die verbotene Handlung damit bereits vorgenommen worden, fragt sich, ob es dem Zweck des Verbotsgesetzes entspricht, das Rechtsgeschäft trotzdem noch zu Fall zu bringen.<sup>925</sup> Denn zumindest für den konkreten Fall ist das Anliegen der Verbotsnorm, das verbotene Verhalten zu verhindern, gescheitert. Mit der gleichen Argumentation könnte man allerdings auch die Frage aufwerfen, warum man im Falle eines Verstoßes gegen eine Strafvorschrift den Täter überhaupt noch bestraft. Die Antwort ist hier wie da dieselbe: zu Präventionszwecken. Die Verbotsnorm verlöre einen Teil ihrer Wirkung, würde man Verstöße durch ein bereits erfülltes Kausalgeschäft einfach hinnehmen.<sup>926</sup> Daneben kann der Schutz einer Vertragspartei die Nichtigkeit erforderlich machen, um eine Rückabwicklung der vorgenommenen Leistungen zu ermöglichen.

Die Frage der Abgrenzung zur rechtlichen Unmöglichkeit stellt sich in diesem Fall nicht mehr, da mit Erfüllung der Leistungspflicht der Anspruch auf die Leis-

---

<sup>921</sup> Vgl. BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>922</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 154; a.A. ohne Begründung: *Köhler*, JZ 2010, S. 767 (770).

<sup>923</sup> Siehe hierzu sogleich unter dem nächsten Gliederungspunkt.

<sup>924</sup> Staudinger/*Feldmann* (2018), § 311a Rn. 62.

<sup>925</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 67; *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 100; Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 115.

<sup>926</sup> *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn. 648.

tung nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen wäre. Es mangelt folglich an einem Anknüpfungspunkt für die Unmöglichkeit.

### (3) Zwischenergebnis

Ist ein Rechtsgeschäft aufgrund seines Inhaltes verboten, ist grundsätzlich von seiner vollständigen Nichtigkeit nach § 134 BGB auszugehen. Das gilt sowohl, wenn der Anspruch noch besteht, als auch, wenn er bereits erfüllt wurde. Eine Lösung über die Regelungen der rechtlichen Unmöglichkeit ist abzulehnen.

#### bb. Vornahmeverbote bzw. Ordnungsvorschriften

Von Inhaltsverboten zu unterscheiden sind solche Vorschriften, die nicht das Rechtsgeschäft als solches, sondern allein die Art und Weise seiner Vornahme verhindern sollen. Von dieser Fallgruppe werden insbesondere die Verbotsvorschriften erfasst, die ein Rechtsgeschäft aufgrund der Zeit oder des Ortes des Abschlusses verbieten.

Die betreffenden Rechtsgeschäfte werden in aller Regel keine Nichtigkeit nach sich ziehen, da Verstöße nicht so schwer wiegen, als dass die weitreichende Folge der Nichtigkeit verhältnismäßig wäre.<sup>927</sup> Ausnahmen sind aber dort zu machen, wo Verbote die freie Willensbildung des anderen Teils schützen sollen.<sup>928</sup> So hatte ein Verstoß gegen das Verbot der Darlehensvermittlung im Reisegewerbe nach § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO trotz der Einordnung als Ordnungsvorschrift die Nichtigkeit des Darlehensvertrages zur Folge.<sup>929</sup>

Zudem eröffnet Normzweckvorbehalt dem Rechtsanwender die Möglichkeit, auf eine Rechtsfolge jenseits von Totalnichtigkeit oder vollständiger Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zu rekurrieren. Beispielhaft kann der Verstoß gegen das Ladenschlussgesetz sein, der nach hier vertretener Auffassung nicht die Totalnichtigkeit, sondern lediglich schwebende Unwirksamkeit bis zur Leistung des Schuldners nach sich zieht.<sup>930</sup> Bis zur Erfüllung ist das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, sodass der Gläubiger den verbotswidrig erlangten Leistungsanspruch nicht einklagen kann und kein Widerspruch zwischen den Teilrechtsordnungen entsteht. Ist erfüllt worden, wird das Rechtsgeschäft rückwirkend wirksam, sodass keine Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht erfolgen kann.

<sup>927</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 35; *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 323, wonach solche „Ordnungsvorschriften“ nicht zur Nichtigkeit führen; ebenso *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 16; differenzierend *Flume*, BGB AT II, S. 346, der die Nichtigkeitsfolge – ohne dogmatische Anknüpfung – nur auf den Anspruch auf die verbotene Leistung beschränkt; anders *Bork*, BGB AT, Rn. 1115, der auch bei Vornahmeverboten von dem Regelfall der Nichtigkeit ausgeht, alternative Sanktionen aber „*schon eher*“ für möglich hält.

<sup>928</sup> *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 36 f.

<sup>929</sup> BGHZ 71, 359 (360). Heute wird der Schutz der Vertragspartner mithilfe eines Widerrufsrechts sichergestellt, sodass § 134 BGB keine Anwendung mehr findet, siehe BGHZ 131, 385 (389 f.).

<sup>930</sup> Siehe schon unter § 7 I. 1. a. dd.

Die Rechtsprechung in diesem Bereich ist allerdings teilweise widersprüchlich. Der Bundesgerichtshof hat nämlich in einigen Fällen bereits den Tatbestand des § 134 BGB verneint: Vorschriften, die Rechtsgeschäfte nur auf Grund ihrer Umstände verbieten, seien keine Verbotsgesetze, sondern bloße Ordnungsvorschriften.<sup>931</sup> In anderen Fällen nahm er dagegen ausnahmsweise die Nichtigkeit nach § 134 BGB an,<sup>932</sup> obwohl eigentlich auch in diesem Fall eine Ordnungsvorschrift vorlag, die nach dem Gesagten eigentlich gar nicht den Tatbestand des § 134 BGB erfüllt und mithin auch nicht dessen Rechtsfolge auszulösen vermag.

Um diese Widersprüche zu vermeiden, bietet sich die hier vertretene Lösung an. Danach ist § 134 BGB im Falle der sogenannten Ordnungsvorschriften nicht schon auf Tatbestandsebene zu verneinen, vielmehr ist immer erst im Rahmen des Normzweckvorbehaltes eine Entscheidung zu treffen, wo alle Aspekte des Einzelfalles und insbesondere auch die Tatsache berücksichtigt werden kann, dass es sich um eine Ordnungsvorschrift handelt.<sup>933</sup>

#### cc. Adressatenkreis des Verbotsgesetzes

Ein häufiges Kriterium bei der Anwendung des Normzweckvorbehaltes ist die Frage nach dem Adressatenkreis des Verbotsgesetzes. Wie erwähnt, wird diese Frage teilweise schon gestellt, wenn es um die Einordnung einer Vorschrift als Verbotsgesetz und mithin um die Erfüllung des Tatbestandes des § 134 BGB geht, was nach hier vertretener Auffassung aber abzulehnen ist.<sup>934</sup> Nunmehr ist aber zu fragen, ob es für die Nichtigkeitsfolge darauf ankommt, dass das Verbotsgesetz sich lediglich gegen eine Vertragspartei oder gegen beide Vertragsparteien richtet. Der Hintergrund der Differenzierung liegt darin, dass es unbillig erscheint, einer Partei, die nicht selbst gegen ein Verbot verstoßen hat, ohne weiteres die Ansprüche aus dem Rechtsgeschäft zu verwehren. Einseitige Verbotsgesetze sollen daher in der Regel nicht die Nichtigkeit zur Folge haben.<sup>935</sup>

Die „*altehrwürdige Tradition*“<sup>936</sup> der Unterscheidung zwischen einseitigem und beiderseitigem Verbot lag schon den Motiven zum BGB zu Grunde. Nach Ansicht der 1. Kommission war im Falle eines einseitigen Verbotes von der grundsätzlichen Annahme der Nichtigkeit abzuweichen: „*Der Regel nach wird anzunehmen*

---

<sup>931</sup> So jedenfalls BGHZ 53, 152 (157); 71, 358 (361); 78, 269 (272); 88, 240 (243); 108, 364 (368); 118, 142, (145); BGH, NJW 1968, 2286 (2287).

<sup>932</sup> BGHZ 93, 264 (267).

<sup>933</sup> Ebenso Jüpel, Gesetzliches Verbot, S. 130; siehe tiefgreifend hierzu Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 45 ff. Siehe ferner auch schon unter § 7 I. 1. d. dd.

<sup>934</sup> Siehe hierzu schon unter § 7 I. 1. d. cc.

<sup>935</sup> Vgl. Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 23.

<sup>936</sup> Canaris, NJW 1985, 2403 (2404 f.), Anm. zu BGH, NJW 1985, 2403 f.; MüKo/Arbbrüster, § 134 Rn. 47 spricht gar von einem Dogma.

*sein, daß der Vertrag als solcher nicht ungültig ist. Es kommt indessen hier gleichfalls auf die Absicht des Gesetzes im Einzelfall an [...].*<sup>937</sup>

### (1) Ansicht der Rechtsprechung

Das Reichsgericht folgte diesem Ansatz und formulierte, dass

*„der Regel nach das Rechtsgeschäft im ganzen nicht nichtig sei, wenn das gesetzliche Verbot nur die eine Seite der Beteiligten in ihren Handlungen beeinflussen und vom Abschluß eines Vertrages abhalten wolle, und nur nichtig werde, wenn sich das Verbot gegen beide Teile richte.“*<sup>938</sup>

Dieser Tradition folgend nimmt auch der Bundesgerichtshof bei lediglich einseitigen Verböten in der Regel die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts an.<sup>939</sup> Ausnahmen werden nur zugelassen, wenn der Zweck des Verböts die Nichtigkeit erfordert.<sup>940</sup> Das sei der Fall, wenn der Zweck auch im Schutz des Vertragspartners liegt und hierzu die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nötig ist. Beispielsweise wurde bei Verstoß gegen § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO<sup>941</sup> die Nichtigkeit eines Darlehensvertrages angenommen.<sup>942</sup> Zweck dieser Vorschrift sei nämlich auch der Schutz des Darlehensnehmers vor Überrumpelungssituationen im Reisegewerbe. Diesem Schutzzweck könne nur mit der Nichtigkeit des Vertrages entsprochen werden, da sich nur dann keine nachteiligen rechtlichen Folgen für den Darlehensnehmer ergeben.<sup>943</sup> Eine weitere Ausnahme von der grundsätzlichen Wirksamkeit müsse bei einseitigen Verböten angenommen werden, wenn aus dem Rechtsgeschäft ein Erfüllungsanspruch resultiert, der auf eine unerlaubte Tätigkeit gerichtet ist. Ansonsten sei der Vertragspartner zur Vornahme einer solchen Tätigkeit verpflichtet.<sup>944</sup>

<sup>937</sup> *Mugdan* I, S. 468; siehe ferner Schubert/*Gebhard*, Die Vorlage der Redaktoren für die erst Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil II, S. 165.

<sup>938</sup> RGZ 60, 273 (277); 100, 39 (40); 106, 316 (317); 170, 155.

<sup>939</sup> BGHZ 46, 24 (26); 65, 368 (370); 78, 263 (264 ff.); 78, 269 (271); 89, 369 (373); 93, 264 (267); 131, 385 (389); 143, 283 (287); BGH, 10.12.1968, VI ZR 194/67; BGH, NJW 1968, 2286; NJW 1981, 1204 (1205); NJW 1986, 1104; NJW 2014, 3568 (3569).

<sup>940</sup> Siehe erstmals BGHZ 37, 258 (262), darauf aufbauend: 47, 364 (369); 53, 152 (157); 61, 317 (jedenfalls im Ergebnis, die hier diskutierte Frage wird aber nicht angesprochen); 71, 358 (360); 110, 235 (240); 115, 123 (129); 118, 142 (145); 162, 187 (190 f.); BGH BeckRS 1973, 31126981 unter 3.; BGH, NJW 1977, 38 (39); BGH, NJW 1977, 431 begründet durch bloßen Verweis auf NJW 1977, 38; BGH, NJW 1986, 1486 (1487); BGH DNotZ 1991, 318 (320 f.); BGH VersR 1992, 448; BGH, NJW 1992, 2560 (2561); NJW 1993, 2108; BGH, NJW 2010, 2509 (2510); BGH, NJW 2012, 155; BGH, NJW 2014, 141 (142); BGH, NJW 2015, 397 f.

<sup>941</sup> Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), die zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Juli 2017 (BGBl. I S. 2789) geändert worden ist.

<sup>942</sup> So die alte Rechtslage. Zu der neuen Rechtsprechung siehe jetzt BGHZ 131, 385 (389 f.).

<sup>943</sup> BGHZ 71, 361 f.; BGH, WM 1978, 1154; BGH, NJW 1979, 2092; BGH, 8.4.1979, III ZR 14/78-juris Rn. 12.

<sup>944</sup> BGHZ 37, 258 (262); 53, 152 (159).

Teilweise führt die Rechtsprechung auch an, zur Wahrung des Ansehens des von der Verbotsnorm betroffenen Berufsstandes müsse jeder „böse Schein“ vermieden werden.<sup>945</sup> Dazu sei es erforderlich, auf alle Verträge, die diesen Schein hervorrufen, die Rechtsfolge der Nichtigkeit anzuwenden. Wird der „böse Schein“ dagegen nur durch ein Verhalten des Vertragspartners, nicht aber durch das dadurch zustande gekommene Rechtsgeschäft verursacht, könne die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts den Schein nicht zerstören. Somit liege darin auch keine geeignete Reaktion, vielmehr sei in einer Weise zu reagieren, die zukünftige Zuwiderhandlungen gegen die Verbotsnorm verhindert.<sup>946</sup> In dem betreffenden Fall ging es um die Annahme eines Geschenkes durch einen Angestellten im öffentlichen Dienst, die § 10 Abs. 1 BAT zuwiderlief. Der Eindruck der Bestechlichkeit, den die Vorschrift vermeiden soll, wird nicht mit der Wirksamkeit des Schenkungsvertrages erweckt. Vielmehr entsteht er bereits mit der Annahme des Geschenkes durch den Angestellten. Eine spätere Nichtigkeit ist nicht geeignet, den Eindruck zu beseitigen, dass der Amtswalter das Geschenk angenommen hätte und somit für Bestechlichkeit empfänglich ist. Vielmehr müsse verhindert werden, dass sich ein solches Verhalten in Zukunft wiederholt, wofür insbesondere arbeitsrechtliche Schritte bis hin zur Kündigung ausreichend seien.

Diese Vorgehensweise erscheint richtig, weil die Nichtigkeit des Schenkungsvertrages mit einer möglichen Rückgabe des Geschenkes die Integrität des Angestellten nicht wiederherstellt. Zwar könnte man auf den Gedanken kommen, der Nichtigkeit präventive Wirkungen zu attestieren, die zumindest geeignet wären, das Ziel des § 10 Abs. 1 BAT in Zukunft zu verwirklichen. Eine Präventionswirkung wird der Nichtigkeit allerdings nicht zukommen, weil dazu auch erforderlich wäre, dass der Schenker den Gegenstand zurückfordert. Das wird aber kaum der Fall sein, weil für eine Rückforderung kein Grund ersichtlich ist.

## (2) Ansicht der Literatur

In der Literatur wird die Einteilung nach dem Adressatenkreis der Verbotsnorm nur noch vereinzelt vertreten.<sup>947</sup> Die überwiegende Ansicht im Schrifttum lehnt eine solche Differenzierung inzwischen ab.<sup>948</sup> Kritisiert werden insbesondere die

---

<sup>945</sup> BGH, DNotZ 1991, 318 (320).

<sup>946</sup> BGHZ 143, 283 (287).

<sup>947</sup> Kötz, RabelsZ 1994, S. 220; Taupitz, JZ 1994, S. 221 (224); Leipold, BGB AT, S. 312; Boemke/Ulrich, BGB AT, § 11 Rn. 18; Bork, BGB AT, Rn. 1116 ff.; Sippel, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 76; Schrickler, Gesetzesverletzung, S. 64 f., wobei nicht klar wird, ob die Anwendbarkeit auf Tatbestands-ebene oder im Rahmen der Rechtsfolge scheidet; Raestrup, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 27 ff., der grundsätzlich nur von Nichtigkeit ausgeht, wenn alle Willenserklärungen des Rechtsgeschäftes gegen das Verbotsgesetz verstoßen; Larenz, BGB AT, S. 431 f., der sich allerdings auf die Darstellung der Rspr. beschränkt ohne eine Wertung vorzunehmen; MüKo/Armbrüster, § 134 Rn. 48.

<sup>948</sup> Pawlowski, JZ 1966, 696 (699); Kohle, NJW 1982, 2803 (2804); Damm, JZ 1986, 913 (915); Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 75; Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 54; Amm, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss und § 134 BGB, S. 282; Westphal, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 57; nicht einmal mehr erwähnt bei Medicus/Petersen, BGB AT, Rn. 657. Den Wert der Unter-

vielen Ausnahmen von dem aufgestellten Grundsatz, zu deren Begründung kaum dogmatische Anhaltspunkte vorgebracht werden.<sup>949</sup> Letztlich werde doch nur mit dem Normzweck argumentiert.

Daneben ergibt sich noch ein weiterer Kritikpunkt:

(a) Fehlende Differenzierung zwischen Adressatenkreis und tatsächlichem Verbotserstoß durch die Rechtsprechung?

Teile der Literatur<sup>950</sup> kritisieren die höchstgerichtliche Rechtsprechung dahingehend, dass nicht deutlich zwischen zwei Fragen differenziert werde: Da wäre zunächst die Frage nach dem Adressatenkreis der Verbotsnorm, also danach, ob ein oder beide Vertragspartner potenziell in den Personenkreis fallen, der gegen das Verbot verstoßen könnte. Davon zu trennen sei die Frage, ob ein oder beide Vertragspartner tatsächlich gegen das Verbotsgesetz verstoßen haben.

(b) Analyse der Rechtsprechung vor dem Hintergrund dieser Kritik

In der Rechtsprechung wird nicht nur anhand der ersten Frage differenziert. Vielmehr seien Rechtsgeschäfte auch dann in der Regel nichtig, wenn beide Parteien gegen das Verbotsgesetz verstoßen haben<sup>951</sup> und in der Regel wirksam, wenn nur einer Partei ein Verstoß zur Last fällt<sup>952</sup>. In den ergangenen Entscheidungen werden häufig beide Ansätze verwendet, ohne dass der Umstand überhaupt angesprochen wird, dass es sich um zwei verschiedene Fragen handelt.<sup>953</sup>

Eine solche zusätzliche Einteilung danach, wer gegen das Verbotsgesetz verstoßen hat, vermag bei einseitigen Verbotsgesetzen eine inhaltliche Kongruenz zu der Differenzierung nach Adressaten herzustellen. Denn bei einem einseitigen Verstoß würden beide Ansätze dazu führen, dass das Rechtsgeschäft in der Regel wirksam ist. Im Rahmen von zweiseitigen Verboten funktionieren die Regeln zwar noch nebeneinander, wenn ein Verstoß beider Parteien vorliegt, da dann nach beiden Einteilungen in der Regel Nichtigkeit vorläge. Welchem Grundsatz soll aber gefolgt werden, wenn nur eine Partei gegen ein zweiseitiges Verbot verstößt? Stellt man auf den Adressatenkreis ab, müsste das Rechtsgeschäft grundsätzlich

---

scheidung in Frage stellend: *Seiler*, Gedächtnisschrift Martens, S. 719 (726). *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 35 ff. spricht von einer „Leerformel“, die in Wahrheit nichts besage; *Wolf/Neuner*, BGB AT, § 45 Rn. 18 halten Unterscheidung für wenig aussagekräftig, wenden sie aber trotzdem stellenweise an.

<sup>949</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 75; *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 10; *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 57.

<sup>950</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 74; ebenso *MüKo/Armbrüster*, § 134 Rn. 48; *Bork*, AT Rn 1116, 1118.

<sup>951</sup> BGHZ 118, 142 (145); 159, 334 (340); BGH GRUR 2012, 1050 (1051).

<sup>952</sup> BGHZ 89, 369 (373); BGH, NJW 1985, 2403 (2404).

<sup>953</sup> BGHZ 118, 142 (145); 159, 334 (340); BGH, NJW 1981, 1204 (1205); BGH GRUR 2012, 1050 (1051).

nichtig sein. Mit Blick auf den konkreten Verstoß wäre das Rechtsgeschäft in der Regel wirksam.

Der Bundesgerichtshof gewährt in diesem Fall der Einteilung nach dem konkreten Verstoß den Vorrang, geht also grundsätzlich von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes aus.<sup>954</sup>

Dies legt folgenden Schluss nahe: Entscheidend für die Auslegungsregel nach der Rechtsprechung ist die Frage danach, ob ein einseitiger oder beidseitiger Verstoß gegen das Verbotsgesetz vorliegt. Ein beidseitiger Verstoß scheidet aber von vornherein aus, wenn sich das Verbotsgesetz nur gegen eine Partei richtet, sodass die Rechtsprechung hieraus schon auf die grundsätzliche Wirksamkeit schließen kann. Ist das Verbot dagegen an beide Teile gerichtet, kommt es darauf an, ob beide Parteien das Verbot verletzt haben. So ist beispielsweise das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz ein zweiseitiges Verbotsgesetz; sowohl der Werkunternehmer als auch der Besteller können dagegen verstoßen. Verstößt aber nur der Werkunternehmer gegen die dortigen Verbote, hat der Bundesgerichtshof dem Vertrag die Wirksamkeit belassen.<sup>955</sup> Verstoßen dagegen beide Parteien gegen die Verbotsnorm, hat das die Nichtigkeit zur Folge.<sup>956</sup>

Daraus folgt, dass Adressatenkreis und konkrete Verletzung der Verbotsnorm von der Rechtsprechung nicht jeweils für sich herangezogen werden. Vielmehr stellt die Frage nach dem Adressatenkreis die Vorfrage dar. Liegt nur ein einseitiges Verbotsgesetz vor, kann auch nur eine Vertragspartei dagegen verstoßen. Nur dort, wo beide Vertragsparteien vom Adressatenkreis erfasst sind, muss die Rechtsprechung zur Differenzierung auf den tatsächlichen Verstoß rekurren.

Dafür spricht auch der Grund für die Unterscheidung an sich. Sie soll verhindern, dass eine Partei mit der Nichtigkeit belastet wird, obwohl sie nicht gegen das Gesetz verstoßen hat.<sup>957</sup> Um diesen Zweck zu erfüllen, kann es aber letztlich nicht auf den Adressatenkreis der Norm ankommen, sondern nur auf den tatsächlichen Verstoß. Ansonsten würde bei einem zweiseitig adressierten Verbot mit einseitigem Verstoß eine Partei belastet, die nach dem Telos geschützt werden soll. So würde im Falle der Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses bei einem einseitigen Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz durch den Werkunternehmer der Besteller seine Gewährleistungsansprüche verlieren und damit entgegen des Sinns und Zwecks der Unterscheidung belastet.

---

<sup>954</sup> BGHZ 85, 39 (44); 89, 369 (373); BGH, NJW 1985, 2403 (2404).

<sup>955</sup> BGHZ 89, 369 (373 f.); BGH, NJW 1985, 2403 (2404); BGH, NJW-RR 2002, 557.

<sup>956</sup> BGHZ 85, 39 (43 ff.).

<sup>957</sup> Vgl. *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 23.

## (c) Zwischenergebnis

Zwar führt es zu Unklarheiten, dass der Bundesgerichtshof teilweise die Auslegungsregel aufstellt, das Rechtsgeschäft sei schon nichtig, wenn sich lediglich das Verbot an beide Teile richtet, ohne auf die Frage des tatsächlichen Verstoßes einzugehen.<sup>958</sup> Insoweit ist die Kritik der Literatur also berechtigt.

In einen echten Widerspruch verwickelt sich die Rechtsprechung aber nicht. Ein solcher entstünde nur, wenn im Falle eines zweiseitigen Verbotsgesetzes nur eine Partei gegen dieses verstoßen hat und der Bundesgerichtshof das Rechtsgeschäft trotzdem für nichtig erklärt. Ein solcher Fall ist aber soweit ersichtlich bisher nicht vorgekommen.

## (3) Stellungnahme zur Differenzierung nach dem Adressatenkreis

Für die Rechtsfolge der Nichtigkeit bieten die dargestellten Differenzierungen nach dem Adressatenkreis des Verbotsgesetzes keine verlässliche Hilfestellung und sind daher als Grundsätze bzw. Auslegungsregeln unbrauchbar. Selbst ein rein indizieller Charakter muss ihnen abgesprochen werden. Ein Regel-Ausnahme-Verhältnis muss auch als solches erkennbar sein. Die Rechtsprechung ist von ihren Grundsätzen aber in derart vielen Fällen abgewichen, dass sich Regel und Ausnahme quantitativ fast die Waage halten. Außerdem werden die Ausnahmen lediglich mit dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes begründet. Darüber hinaus ergeben sich aus den Entscheidungen aber keine eindeutigen Kriterien, nach denen die Regelfälle von den Ausnahmen unterschieden werden können.<sup>959</sup> Gerade die Begründung und Begrenzung von Ausnahmen ist aber unbedingt erforderlich, will man die Regel nicht vollständig erodieren.<sup>960</sup> Schließlich sprechen auch die Unklarheiten im Rahmen der Unterteilung nach dem Adressatenkreis und tatsächlichen Verstößen gegen die Annahme einer entsprechenden Auslegungsregel.<sup>961</sup>

Die Differenzierung bietet letztlich keinen Mehrwert, sondern wirft mehr Fragen auf als sie Antworten liefert und ist damit abzulehnen.

## dd. Strafbewehrte Verbotsgesetze

Schließlich führen auch strafbewehrte Verstöße gegen Verbotsgesetze nicht in jedem Fall zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts.<sup>962</sup> Zwar könnte man der Entscheidung des Gesetzgebers, auf öffentlich-rechtlicher Ebene zu der *ultima ratio* zu greifen, zunächst entnehmen, dass dann auch auf Ebene des Zivilrechts zum

<sup>958</sup> ZB. in BGHZ 78, 263 (265); BGH, NJW 1986, 1104 unter III. 2.

<sup>959</sup> Damm, JZ 1986, 913 (915); Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 11; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 75.

<sup>960</sup> Canaris, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S. 10.

<sup>961</sup> Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 75.

<sup>962</sup> BGHZ 118, 142 (144 f.); 53, 152 (157); Oertmann, JW 1917, S. 255; Raestrup, Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, S. 9; Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 78.



„schärfsten Schwert“ ge-griffen werden muss. Schließlich würde eine zivilrechtliche Unwirksamkeit die Strafzwecke der General- und Spezialprävention zusätzlich unterstützen. Und wenn schon der größtmögliche Eingriff in die Freiheitsrechte gerechtfertigt ist, müsste doch erst recht der weniger einschneidende Eingriff in die zivilrechtliche Privatautonomie gerechtfertigt sein.

Dieser Schluss *a maiore ad minus* verkennt allerdings, dass auf zivilrechtlicher Ebene auch allein weniger einschneidende Maßnahmen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen können. Als Beispiel kann ein Verstoß gegen das strafbewehrte Verbot der Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG dienen, der nach § 5 Abs. 3 WiStG mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 € geahndet werden kann. Sowohl die vollständige Nichtigkeit als auch die teilweise Nichtigkeit nur der Preisabrede würden den Verbotszweck der Verhinderung überhöhter Mietpreise zumindest fördern und sind damit geeignet. Allerdings ist darüber hinaus auch zu fragen, ob die betreffende Maßnahme erforderlich ist. Erforderlichkeit ist unter gleich geeigneten Mitteln immer die mildeste Maßnahme, die den geringsten Eingriff in die Freiheitsrechte der Betroffenen darstellt.<sup>963</sup> Im Falle der Mietpreisüberhöhung würde die Nichtigkeit dazu führen, dass der Mieter seinen Primäranspruch auf Überlassung der Mietsache verliert, während sich bei Teilnichtigkeit nur der Entgeltabrede der Mietzinsanspruch des Vermieters verringert. Der drohende Verlust des Primäranspruchs würde dazu führen, dass viele Mieter insbesondere im Falle großer Wohnraumknappheit den Wucher nicht geltend machen, um zumindest ihren Primäranspruch zu erhalten.<sup>964</sup> Die Totalnichtigkeit wäre somit ein weniger geeignetes Mittel zur Zweckerreichung und damit nicht erforderlich. Man könnte aus diesem Grund sogar noch weiter gehen und der Totalnichtigkeit die Geeignetheit vollständig absprechen. Es erscheint jedoch nicht völlig ausgeschlossen, dass einzelne Mieter die Unwirksamkeit trotzdem geltend machen, etwa weil sie auf das Mietobjekt nicht zwingend angewiesen sind, weil sie sich in strukturschwachen Gebieten auf einfache Weise Ersatz beschaffen können. Da die Nichtigkeitsrechtsfolge immer am Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu messen ist, scheidet sie darüber hinaus auch in Fällen aus, in denen die vorhandenen verwaltungs-, straf- oder standesrechtlichen Sanktionen ausreichen, um das Telos des Verbotes zu erreichen.<sup>965</sup> Dann ist die Nichtigkeit auf zivilrechtlicher Ebene ebenfalls nicht erforderlich.

---

<sup>963</sup> Siehe zum verfassungsrechtlichen Begriff der Erforderlichkeit: Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 GG Rn. 113.

<sup>964</sup> Vgl. für den Fall des Verstoßes gegen Höchstpreisvorschriften *Oertmann*, JW 1917, 255 (256).

<sup>965</sup> BGHZ 46, 24 (27); 71, 358, (361 f.); 78, 263 (266); 89, 369 (373); 93, 264 (267 f.); BGHZ 171, 180 (189); BGH, NJW 2000, 1186 (1188).

### ee. Verschulden und Kenntnis der Verbotsnorm

Subjektive Kriterien wie Verschulden oder die Kenntnis des Verbotsgesetzes spielen für die Frage der Nichtigkeit wegen des mangelnden Sanktionscharakters<sup>966</sup> grundsätzlich keine Rolle. Ausnahmsweise können sie herangezogen werden, wenn der Schutzzweck der Verbotsnorm eine Berücksichtigung verlangt.<sup>967</sup>

### ff. Telos des Verbotsgesetzes

Neben diesen mehr oder weniger hilfreichen Indizien rekurrieren die Rechtsprechung und ein Großteil der Literatur zu guter Letzt immer auf den Sinn und Zweck der jeweiligen Verbotsnorm.<sup>968</sup> Maßgeblich sei, ob sich das Gesetz nicht nur gegen den Abschluss des Rechtsgeschäftes wendet, sondern darüber hinaus gegen seine privatrechtliche Wirksamkeit und damit gegen seinen wirtschaftlichen Erfolg.<sup>969</sup>

#### (1) Anknüpfungspunkt für Verhältnismäßigkeitsprüfung

Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Nichtsdestotrotz erscheint das Rekurrieren auf das Telos kritikwürdig, wenn es pauschal und ohne nähere Begründung erfolgt. So wird in der bereits erwähnten Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 2005 einfach mit wenigen Worten der Sinn und Zweck des § 2 BÄO angeführt und sodann die Nichtigkeit nach § 134 BGB bejaht, weil es das Telos erfordere.<sup>970</sup> Auf ähnliche Weise erklärte der Bundesgerichtshof einen Anwaltsvertrag nach § 45 Abs. 1 Nr. 1 BRAO iVm. § 134 BGB für nichtig, weil der Anwalt in dem betreffenden Fall zuvor schon als Notar tätig war:

*„Maßgeblich ist der Schutzzweck des Verbots, der hier im Schutz des Vertrauens in die Rechtspflege und in der Eindämmung von Interessenkollisionen liegt (BT-Dr 12/4993, S. 29). Dieses Verbot ließe weitgehend leer, wenn der Anwalt aus seiner verbotswidrigen Tätigkeit eine Anwaltsvergütung beanspruchen könnte [...]“*<sup>971</sup>

Eine solche Rückbeziehung auf das Telos stellt jedoch nur eine Leerformel dar, wenn die hinter diesem Etikett stehenden Gedanken nicht ebenfalls genannt werden. Um sich nicht in Scheinargumenten zu verlieren, sondern der Entscheidung über die Rechtsfolge eines Verbotsverstößes eine gewisse inhaltliche Konsistenz zu verleihen und die Entscheidung nachvollziehbarer und damit transparenter zu gestalten, muss sich der Rechtsanwender vor Augen führen, was mit dem Rück-

<sup>966</sup> Generell gegen den Sanktionscharakter zivilrechtlicher Nichtigkeit: Schäfer, AcP 202, S. 397 (406). Nur auf den Fall des § 134 BGB bezogen: BGHZ 89, 316 (324); MüKo/Armbrüster, § 134 Rn. 110.

<sup>967</sup> Wolf/Neuner, BGB AT, § 45 Rn. 22; Bork, BGB AT, Rn. 1110.

<sup>968</sup> BGH, NJW-RR 2011, 1426 (1427) Rn. 12 ff.; NK-BGB/Looschelders, § 134 Rn. 56; MüKo BGB/Armbrüster § 134 Rn. 103; Beater, AcP 197, S. 505 (518); Krampe, AcP 194, S. 1 (28); Staudinger/Sack/Seibl (2017), § 134 Rn. 34.

<sup>969</sup> BGHZ 89, 369 (372).

<sup>970</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>971</sup> BGH, NJW 2011 373 (374) Rn. 16.

griff auf das Telos tatsächlich gemeint ist: Letztlich ist die Frage der Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 134 BGB auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu reduzieren.<sup>972</sup> Die Nichtigkeitsanordnung eines Rechtsgeschäfts, das von beiden Vertragspartnern ursprünglich gewollt war, stellt eine intensive Einschränkung der Privatautonomie der beteiligten Parteien dar. Diese fällt in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG, sodass bei einem Eingriff der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt werden muss.<sup>973</sup> Die Rechtsfolge der Totalnichtigkeit ist daher nur dann gerechtfertigt, wenn sie einem legitimen Ziel dient. Darüber hinaus muss sie geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>974</sup>

Das legitime Ziel der Rechtsfolge des § 134 BGB ist der Verbotszweck. Es ist also zunächst das von dem Verbotsgesetz geschützte Rechtsgut herauszuarbeiten. Unproblematisch ist das immer dann möglich, wenn das Schutzgut in dem betreffenden Gesetz spezifisch genannt wird oder zumindest eindeutig aus dem Verbot hervorgeht. Auch die Gesetzgebungsmaterialien können aufschlussreich sein. Ist das geschützte Rechtsgut auf den ersten Blick unklar, kann man sich hilfsweise der Frage bedienen, wem oder was ein Zuwiderhandeln entgegen der Verbotsnorm eigentlich schaden würde.<sup>975</sup>

Hat man das Schutzgut ermittelt, erfolgt eine Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der im Rahmen der Angemessenheit eine Abwägung mit allen widerstreitenden Interessen vorzunehmen ist.<sup>976</sup> Dabei kommt der Prüfungspunkt der Erforderlichkeit besondere Bedeutung zu. Denn an dieser Stelle wird die Frage virulent, ob neben der Totalnichtigkeit noch andere Rechtsfolgen ein ebenso geeignetes, aber milderer Mittel zur Erreichung des Verbotszweckes darstellen. Ist das der Fall, ergibt sich aus dem Gesetz etwas anderes im Sinne des § 134 BGB und die Totalnichtigkeit tritt nicht ein.

Diese Zusammenhänge sind bei der Ermittlung der Rechtsfolge des § 134 BGB anhand des Telos zu beachten.

## (2) Doppelte Überprüfung anhand des Telos?

Wie im Rahmen des Tatbestandes des § 134 BGB aufgezeigt wurde, ist schon bei der Einordnung einer Vorschrift als Verbotsnorm auf den Sinn und Zweck der Vorschrift zu rekurrieren.<sup>977</sup> Zur Beantwortung der Frage nach der Rechtsfolge des § 134 BGB wird nun erneut auf das Telos des Verbotsgesetzes rekurriert.

Teile der Literatur ziehen diese doppelte Überprüfung in Zweifel: *Mailänder* sieht in dem Rückgriff auf den Zweck der Norm bei der Frage der Verbotsgesetzeigenschaft einer „falschen Doppelarbeit“, die der eigentlich flexibel ausgestalteten

<sup>972</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 94; *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666 f.).

<sup>973</sup> *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666); *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 94 ff.; *Maunz/Dürig/Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 101 mwN.

<sup>974</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 94 ff.

<sup>975</sup> Vgl. *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 88.

<sup>976</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 82.

<sup>977</sup> Siehe unter § 7 I. 1. a. bb.

Rechtsfolge des § 134 BGB die Elastizität raubt.<sup>978</sup> Nach *Vossler* handelt es sich bei der Frage nach dem Verbotsgesetz einerseits und nach der Rechtsfolge des § 134 BGB andererseits lediglich um eine theoretische Unterscheidung, da beide Fragen nach identischen Kriterien beantwortet werden. Daher ließen sie sich nicht sinnvoll voneinander trennen. „Insbesondere kann der Verbotscharakter einer Norm regelmäßig dabinstehen, wenn feststeht, dass der Verstoß nach Sinne und Zweck der verletzten Vorschrift jedenfalls keine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hat.“<sup>979</sup>

Richtigerweise ist es aber ein normaler Vorgang der Gesetzesauslegung, dass bei verschiedenen Tatbestandsmerkmalen oder auch bei einem Tatbestandsmerkmal und einer Frage der Rechtsfolge auf den Sinn und Zweck der Norm abgestellt wird.<sup>980</sup> Teleologische Aspekte werden ja nicht „aufgebraucht“, wenn sie einmal im Wege der Auslegung herangezogen wurden.

Nach hier vertretener Auffassung wird die teleologische Auslegung zu jeweils unterschiedlichen Fragestellungen herangezogen, die auch unterschiedliche Funktionen haben: Im Rahmen des Tatbestandes geht es mit Blick auf § 134 BGB als Umschaltnorm darum, ob zur Erreichung des Normzwecks zivilrechtliche Sanktionen erforderlich sind, oder ob nicht schon öffentlich-rechtliche Sanktionen ausreichen.<sup>981</sup> Bei der Rechtsfolge ist dann die Frage zu beantworten, mit welcher zivilrechtlichen Rechtsfolge das Telos am besten erreicht werden kann. Dabei ist es denkbar, dass der Zweck einer Vorschrift zwar zivilrechtliche Auswirkungen erfordert, diese aber nicht zwingend in der Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts liegen müssen.<sup>982</sup> So führt die teleologische Auslegung des § 5 WiStG zwar zu der Erkenntnis, dass die zur Erreichung des Zwecks der Bekämpfung überbeurteilten Wohnraums aus Präventionsgründen auch Auswirkungen auf die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zeitigen muss. Im Rahmen der Rechtsfolge führt das Telos dann aber nicht zur Nichtigkeit des Mietvertrages, sondern lediglich zur Teilnichtigkeit. Es ist daher sinnvoll, die Fragen getrennt voneinander zu beantworten.

Ferner wird auch die Elastizität des Normzweckvorbehaltes, dessen Vorzüge hier auch schon eingehend beleuchtet wurden,<sup>983</sup> durch die beschriebene Vorgehensweise keineswegs angetastet. Der Verbotsgebotsbegriff ist unter Rückgriff auf das Telos weit auszulegen, sodass die betreffende Norm im Zweifel darunterfällt. Auf Rechtsfolgenebene kommt dann die Elastizität des Normzweckvorbehaltes zur Geltung, die neben der Totalnichtigkeit noch weitere Rechtsfolgen ermöglicht. Sinn und Zweck des Verbotsgebots sind daher sowohl auf Tatbestandsebene als auch als Kriterium für die Anwendung des Normzweckvorbehaltes zu berücksichtigen.

---

<sup>978</sup> *Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S. 150.

<sup>979</sup> BeckOGK BGB/*Vossler*, § 134 Rn. 52.

<sup>980</sup> MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 42.

<sup>981</sup> Siehe schon unter § 7 I. 1. b.

<sup>982</sup> Vgl. *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 BGB Rn. 34.

<sup>983</sup> Siehe unter § 7 I. 2. e.

*g. Zusammenfassung zu den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen § 134 BGB*

Ist der Tatbestand des § 134 BGB erfüllt und der Fall nicht durch ein spezielleres Gesetz geregelt, ist zunächst von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes auszugehen. Nur wenn sich aus dem Zweck des Verbotsgesetzes eine andere Rechtsfolge ergibt, ist diese Vermutung widerlegt. Der Begriff des Gesetzes ist dabei weit zu verstehen und geht über den des Verbotsgesetzes hinaus. Damit erfasst der Normzweckvorbehalt alle Regelungen für den betreffenden Bereich, nicht nur das einzelne Verbotsgesetz.

Aus dem Gesetz kann sich zum einen die vollständige Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes ergeben, es kommen aber auch weitere Rechtsfolgen in Betracht, die allesamt weniger einschneidende Eingriffe in die Privatautonomie darstellen als die Totalnichtigkeit. Für eine grobe Einordnung kann zwischen Inhalts- und Vornahmeverboten unterschieden werden. Führen Verstöße gegen Inhaltsverbote regelmäßig zur Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes, gilt für den Vorstoß gegen Vornahmeverbote das Gegenteil. Demgegenüber stellt der Adressatenkreis der Verbotsnorm kein taugliches Abgrenzungskriterium dar. Ist ein Verbot strafbewährt, spricht viel für die Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Es ist aber auch in diesem Fall immer der Normzweck der Verbotsvorschrift im Auge zu behalten. Denn letztlich ist die Rechtsfolge aufgrund ihrer Eingriffsintensität in die Privatautonomie am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen.

## **II. Anwendung des § 134 BGB im Falle des Behandlungsvertrages zwischen Arzt und Privatpatienten**

Ausgehend von der abstrakt dargestellten Handhabung des § 134 BGB schließt sich die Frage an, ob die Voraussetzungen im Fall einer *ex tunc* entzogenen Approbation im Hinblick auf Behandlungsverträge vorliegen, die der Behandelnde mit seinen privatversicherten Patienten geschlossen hat. Bejahendenfalls kann man wie gesehen nicht sofort auf die Rechtsfolge der Nichtigkeit schließen. Vielmehr wird zu überlegen sein, ob sich aus dem Verbotsgesetz nicht „*ein anderes ergibt*“.

### 1. § 2 Abs. 1 iVm. Abs. 5 BÄO als Verbotsgesetz

Als Verbotsgesetz kommt § 2 Abs. 1 BÄO in Betracht. Danach bedarf der Approbation als Arzt, wer im Geltungsbereich der Norm den ärztlichen Beruf ausüben will. Unter der Ausübung des ärztlichen Berufes versteht das Gesetz die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ oder „Ärztin“, § 2 Abs. 5 BÄO.

Der Wortlaut enthält kein ausdrückliches Verbot, dieses ergibt sich vielmehr aus dem Umkehrschluss daraus, dass der Approbation bedarf, wer den ärztlichen

Beruf ausüben will. Es handelt sich um ein öffentlich-rechtliches, präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.<sup>984</sup>

Ferner kann auch auf den Sinn und Zweck der Norm rekurriert werden. Dazu ist dieser zunächst zu ermitteln. Jedoch ist der Zweck des § 2 BÄO an keiner Stelle explizit erwähnt. Es bleibt daher nur die Bestimmung nach der sogenannten objektiven Gesetzesinterpretation. Als Hilfestellung bietet sich dabei die Frage an, welchen Rechtsgütern durch die Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift Schaden zugefügt werden würde.<sup>985</sup> Zu nennen sind die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Einzelnen sowie der Allgemeinheit, die durch eine unsachgemäße Heilbehandlung geschädigt werden können.<sup>986</sup> Das Telos der Vorschrift liegt mithin im Schutz des Rechtsguts der Gesundheitsversorgung der Allgemeinheit und des einzelnen Patienten. Zu diesem Zweck soll verhindert werden, dass Patienten unsachgemäß behandelt werden.<sup>987</sup> Dazu muss die Vorschrift auch auf zivilrechtlicher Ebene Wirkung entfalten. Denn die Vorschrift schützt den einzelnen Patienten vor der Behandlung durch nicht qualifizierte Personen. Würde man dem Verbot eine zivilrechtliche Wirkung absprechen, bliebe der Vergütungsanspruch des Behandelnden bestehen. Er könnte dann von dem Patienten, den er durch sein Verhalten zumindest potenziell gefährdet hat, auch noch eine Vergütung verlangen. Die verbotene Tätigkeit würde damit vollständig vertraglich geschützt.<sup>988</sup>

Zu beachten ist, dass an dieser Stelle lediglich die grundsätzliche Frage beantwortet wird, ob sich das Verbot überhaupt auf zivilrechtliche Rechtsverhältnisse auswirkt. Argumente, die sich insbesondere auf das „scharfe Schwert“ der Nichtigkeit als unverhältnismäßige Rechtsfolge berufen, gehen an dieser Stelle fehl. Denn wie gezeigt kommen neben der absoluten Nichtigkeit auch weitere, weniger einschneidende Rechtsfolgen in Betracht.

§ 2 BÄO richtet sich ferner auch nicht nur gegen die Umstände des Abschlusses eines Rechtsgeschäftes, was für manche Autoren fälschlicherweise zum Anlass genommen würde, die Verbotsgesetzeigenschaft in Frage zu stellen.<sup>989</sup> Vielmehr ist die Vorschrift gegen die Tätigkeit gerichtet, eine Heilbehandlung als Arzt ohne Approbation vorzunehmen. Ein Rechtsgeschäft mit einer solchen Leistungspflicht ist wegen seines Inhaltes, nicht wegen der Umstände seines Zustandekommens verboten. Da die Leistungshandlung der ärztlichen Heiltätigkeit Personen verboten ist, die nicht über eine Approbation verfügen, kann von einem Inhaltsverbot aus Gründen, die in der Person einer Vertragspartei liegen, gesprochen werden.

---

<sup>984</sup> Hofstetter, *Arztrecht*, S. 18.

<sup>985</sup> Vgl. Westphal, *Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit*, S. 88.

<sup>986</sup> So auch BAG 2005, 1409 (1410) unter I. 1. c); OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308 unter I. 1. b); vgl. außerdem OLG München, NJW 1984, 1826 (1827) (für § 1 HeilprG) mit kritischen Anmerkungen von Hahn; ebenso Jäpel, *Gesetzliches Verbot*, S. 38.

<sup>987</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410); OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308; ebenso Jäpel, *Gesetzliches Verbot*, S. 117.

<sup>988</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>989</sup> Siehe hierzu unter § 7 I. 1. a. cc.

Die Einordnung als Verbotsgesetz wird schließlich durch den Umstand bestätigt, dass ein Verstoß gem. § 5 HeilprG strafbewehrt ist. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer, ohne zur Ausübung des ärztlichen Berufes berechtigt zu sein und ohne eine Erlaubnis nach § 1 HeilprG zu besitzen, die Heilkunde ausübt. Es erschiene widersinnig, wenn die Heilbehandlung ohne Approbation strafrechtlich verfolgt würde, zivilrechtliche Folgen aber *per se* ausgeschlossen wären. Mit Blick auf den generalpräventiven Zweck der Vorschrift ist es vielmehr sinnvoll, grundsätzlich auch Rechtsfolgen im Zivilrecht zu ermöglichen. Dem Behandelnden könnten auf diese Weise Anreize genommen werden, die Heilbehandlung ohne Approbation zu praktizieren.

§ 2 Abs. 1 BÄO stellt mithin ein Verbotsgesetz im Sinne der Norm dar.<sup>990</sup>

## 2. Verstoß des Behandlungsvertrages gegen § 2 BÄO?

Mit Abschluss des Behandlungsvertrages hat sich der Arzt gegenüber dem Patienten zur Vornahme der medizinischen Behandlung verpflichtet. Der mit den jeweiligen Rechtsgeschäften bezweckte Leistungserfolg bestand folglich in der Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“. § 2 Abs. 1, Abs. 5 BÄO verbietet die Ausübung des ärztlichen Berufes ohne Approbation. Da der Arzt auf Grund der *Ex tunc*-Wirkung zu behandeln ist, als hätte nie eine Approbation vorgelegen, war der vertragliche Leistungserfolg auf eine verbotene Tätigkeit gerichtet.

### a. Umfang des vertraglich vereinbarten Leistungserfolges

So klar, wie sich die Rechtslage auf den ersten Blick darstellt, liegt der Fall aber nicht. Denn die Frage, was genau der mit dem Rechtsgeschäft bezweckte Leistungserfolg ist, bestimmt sich durch Auslegung der jeweiligen Willenserklärungen aus Sicht eines objektiven Empfängers, §§ 133, 157 BGB. Hier ließe sich aber auch vertreten, die Parteien hätten sich nicht nur auf die Leistungspflicht des Behandelnden „Ausübung des ärztlichen Berufes“ geeinigt, sondern darüber hinaus auch die Approbation des Behandelnden vorausgesetzt. Leistungspflicht wäre dann „die Ausübung der Heilkunde als Arzt mit Approbation“. Das Verbotsgesetz würde danach schon die Willenserklärungen der Vertragsparteien beeinflussen, indem es den objektiven Empfängerhorizont konkretisiert.<sup>991</sup> Nach dieser Lesart wäre aber gar kein verbotener Leistungserfolg vereinbart worden, das Rechtsgeschäft wäre nicht auf eine verbotene Erfüllungshandlung gerichtet und würde mithin auch nicht gegen ein Verbotsgesetz verstoßen. Vielmehr wäre – den Gedanken von *Jäpel* folgend – von rechtlicher Unmöglichkeit auszugehen, weil der

---

<sup>990</sup> Im Ergebnis ebenso: BAG, NZA 2005, 1409 (1410); OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308; sowie *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 38; ferner auch LG Saarbrücken, VersR 1981, 585 zu § 5 HeilprG.

<sup>991</sup> Für den Fall zweiseitiger Verbote: *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 120; siehe auch *Amm*, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, S. 191 ff.

Behandelnde seine Leistungspflicht „Ausübung der Heilkunde mit Approbation“ nicht erfüllen kann.<sup>992</sup>

Dagegen ist einzuwenden, dass der Erklärungsgehalt der jeweiligen Willenserklärung nach dieser Auslegung über die Maße ausgedehnt wird. Regelmäßig wird sich der Patient keine Gedanken darüber machen, ob der Behandelnde die erforderliche Erlaubnis innehat. Die Voraussetzung der Approbation für eine wirksame Behandlungsleistung kann höchstens angenommen werden, wenn die Erlaubnis zur Heilkunde zwischen den Parteien tatsächlich thematisiert wurde. Ansonsten ist aber nicht einmal sicher, ob der Patient um die Erlaubnispflichtigkeit der Ausübung der Heilkunde überhaupt weiß. Eine derartige Willenserklärung wäre dann eine bloße Fiktion. Aus diesem Grund nimmt *Jäpel* die konkretisierende Wirkung des Verbotsgesetzes auf die Willenserklärungen der Parteien auch nur für die Fälle an, in denen das Verbot sich an beide Teile richtet.<sup>993</sup> Denn nur dann habe auch der Gläubiger ein Interesse an der Legalität, da er nicht selbst gegen das Verbotsgesetz verstoßen will. Richtet sich das Verbot dagegen nur an den Schuldner der verbotswidrigen Leistung, mache sich der Gläubiger keine Gedanken darüber, ob die erforderliche Erlaubnis vorliegt. Im Falle der fehlenden Approbation käme diese Auffassung daher auch nicht zu dem Ergebnis, die Parteien hätten eine explizit legale Leistung vereinbart. Denn der Patient wird von dem Verbot nicht erfasst, Adressat ist im Arzt-Patienten-Verhältnis allein der Behandelnde.

Darüber hinaus zeigt ein Blick in § 630a Abs. 1 BGB, dass die Leistungspflicht des Arztes im Behandlungsvertrag in der „*Leistung der versprochenen Behandlung*“ und nicht in der „*Leistung der versprochenen Behandlung unter Vorliegen der nötigen Erlaubnis*“ liegt. Außerdem kann ein Behandlungsvertrag auch mit nicht approbierten Personen wie einem Heilpraktiker geschlossen werden. Die Vereinbarung der Vornahme der Behandlung mit Approbation kann also schon aus diesem Grund nicht pauschal angenommen werden.

Auch ist die Kritik erneut vorzubringen, die schon bei der Frage der Anwendbarkeit des Unmöglichkeitrechts vorgebracht wurde: Bei Aufrechterhaltung des Vertrages stünden dem Behandelnden wegen § 326 Abs. 1 BGB zwar keine Primärrechte zu. Unter Umständen, insbesondere bei Schädigung von Praxisinventar durch den Patienten, könnte er aber vertragliche Sekundärrechte geltend machen. Die Vorteile eines Vertragsverhältnisses sollen dem Behandelnden aber gerade genommen werden, sodass der Weg über § 134 BGB zu wählen ist. Dem kann auch eine mögliche Haftung aus *culpa in contrahendo* nicht entgegenghalten werden,

---

<sup>992</sup> Vgl. für den Fall des zweiseitigen Verbotes gegenüber Arzt und Krankenhausträger: *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 120 ff.; ferner *Amm*, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, S. 194 f; a.A. offensichtlich: BAG, NZA 2005, 1409 (1410); OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308 unter I. 1. b), die den Fall jeweils über § 134 BGB lösen.

<sup>993</sup> *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 126, der hier freilich trotzdem von rechtlicher Unmöglichkeit ausgeht, deren Annahme der Normzweckvorbehalt des § 134 BGB gebiete.



weil diese – wie noch zu zeigen ist –<sup>994</sup> nur bei gutgläubigen Behandelnden in Betracht kommt.

Auch die Rechtsprechung hält eine solch ausufernde Auslegung der vertraglichen Abrede über erlaubnispflichtige Tätigkeiten offenbar für derart fernliegend, dass sie sie gar nicht in Betracht zieht. So wird bei einem Rechtsdienstleistungsvertrag ebenfalls keine explizit legale Leistung, also die Rechtsberatung mit der nötigen Erlaubnis, angenommen. Ansonsten wäre im Falle eines Verstoßes nicht die von der Rechtsprechung angenommene Nichtigkeit nach § 134 BGB die Folge<sup>995</sup>, sondern ebenfalls die rechtliche Unmöglichkeit.

Ferner ist der Blick auch auf die Fälle des § 119 Abs. 2 BGB zu richten. Konsequenterweise müsste man neben der Berufserlaubnis auch andere besondere Eigenschaften des Schuldners – beispielsweise eine besondere Ausbildung, Sprachkenntnisse oder das Alter – als Bestandteil der vereinbarten Leistungspflicht ansehen. Bei deren Nichtvorliegen wäre dann ebenfalls von Unmöglichkeit auszugehen. Ein Anfechtungsrecht des Schuldners würde dann ausscheiden, weil sich dieser ansonsten aus seiner Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB befreien könnte.<sup>996</sup> Nach allgemeiner Auffassung ist das Rechtsgeschäft in einem solchen Fall aber lediglich anfechtbar, der Vertragspartner hat also ein Wahlrecht, ob er den Vertrag bestehen lässt. Damit würde eine solche Auslegung der Vertragsabrede auch zu Widersprüchen mit der Systematik des Anfechtungsrechts bei einem Eigenschaftsirrturn über die Person des Vertragspartners führen.

Die aus Sicht eines objektiven Empfängers vereinbarte Leistung des Behandelnden erschöpft sich damit in der Vornahme der medizinischen Tätigkeit. Da der Behandelnde die Leistung gem. §§ 630b iVm. 613 BGB *in persona* zu erbringen hat,<sup>997</sup> kann er sie nicht vornehmen, ohne dass ein Verstoß gegen § 2 BÄO zu bejahen wäre. Damit ist der Leistungserfolg auf eine verbotene Tätigkeit gerichtet, sodass ein Inhaltsverstoß vorliegt.

### *b. Rückwirkungsfiktion*

Anders als in den erwähnten Fällen des Oberlandesgerichtes Düsseldorf und des Bundesarbeitsgerichtes<sup>998</sup> wirkt sich bei der Frage des Verbotsverstoßes eine gewichtige Besonderheit aus: Während dort von Anfang an keine Approbation bestand und der Behandelnde unter Fälschung der Approbationsurkunde lediglich den Anschein erweckt hat, er sei approbiert, lag in den hier relevanten Fällen ursprünglich eine Approbation vor, die später rückwirkend entzogen wurde. Der Fiktionscharakter der Rückwirkung muss hinreichend Berücksichtigung finden!

---

<sup>994</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 7.

<sup>995</sup> BGHZ 37, 258 (261) unter I. 3. b).

<sup>996</sup> *Schneider*, Wechselwirkungen zwischen Irrtum und Unmöglichkeit, S. 131 ff.; MüKo BGB/*Armbrüster*, § 119 Rn. 38.

<sup>997</sup> Siehe auch Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Lipp*, Kapitel III Rn. 39 mwN.

<sup>998</sup> OLG Düsseldorf, NJW 1988, 2308; BAG, NZA 2005, 1409.

Dabei hat man sich vor Augen zu führen, dass es sich bei einer Rechtsfiktion letztlich um eine besondere Form der Verweisung handelt.<sup>999</sup> Anstelle der *Ex tunc*-Wirkung hätte auch eine Vorschrift formuliert werden können, wonach für denjenigen, der die Rücknahmegründe des § 5 BÄO erfüllt, die gleichen Regelungen gelten wie für denjenigen, der von Anfang an ohne Approbation tätig geworden ist. Wie schon erwähnt ist jedoch fraglich, wie weit diese Verweisung reicht, also welche Rechtsfolgen aus der Fallgruppe des von Anfang an nicht approbierten Arztes auf den Fall des Arztes übertragen werden sollen, bei dem Rücknahmegründe vorliegen.

Ganz konkret stellt sich an dieser Stelle folgende Frage: Soll auch der Verbotsgesetzverstoß gegen § 2 BÄO von der mit der *Ex tunc*-Wirkung ausgedrückten Verweisung erfasst sein?

Die Reichweite der Verweisung ergibt sich nach dem oben Gesagten aus dem Telos der verweisenden Vorschrift sowie aus dem Sinn und Zweck der Normen, die das Ziel der Verweisung bilden. Die Rücknahme der Approbation dient dem Schutz der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Allgemeinheit. Die Erstreckung der *Ex tunc*-Wirkung auf § 2 BÄO und damit über die Umschaltnorm des § 134 BGB auch auf die zivilrechtlichen Beziehungen des Betroffenen erscheint dazu insbesondere unter dem Aspekt der Prävention sinnvoll. Wie noch zu zeigen sein wird, ist ein mit Blick auf die Rücknahmegründe bösgläubiger Behandelnder diversen Ersatzansprüchen seitens seiner Vertragspartner ausgesetzt.<sup>1000</sup> Die Rückabwicklung der Vertragsbeziehungen mit der Folge des Wegfalls erworbener Vermögenswerte hat abschreckende Wirkung. Für Behandelnde, die sich darüber im Klaren sind, dass sie die Approbationsvoraussetzungen nicht erfüllen, ist die Tätigkeit aufgrund einer erschlichenen Approbation damit deutlich weniger attraktiv, als wenn sie das erworbene Vermögen behalten dürften.

Hinzu kommt, dass im Fall der Rücknahme der Approbation anders als in Fällen der Rücknahme von Verwaltungsakten über Geldleistungen (§ 49a VwVfG) keine öffentlich-rechtlichen Rückforderungsansprüche der Behörde entstehen. Die Behörde wird Geldleistungsverwaltungsakte vor allem deshalb rückwirkend zurücknehmen, weil dadurch der Rechtsgrund des Betroffenen für ein Behalten dürfen der staatlichen Leistung wegfällt.<sup>1001</sup> Eine solche Situation besteht bei der Approbationsrücknahme dagegen nicht. Hier hat die Behörde höchstens ein Interesse daran, dass der Betroffene seine Approbationsurkunde herausgibt. Ein diesbezüglicher Herausgabeanspruch besteht allerdings auch, wenn die Approbation nur für die Zukunft entzogen wird.<sup>1002</sup> Das bedeutet letztlich aber, dass eine mit

---

<sup>999</sup> Siehe schon unter § 4 II.

<sup>1000</sup> Ausführlich hierzu im zweiten Kapitel dieser Arbeit.

<sup>1001</sup> BeckOK VwVfG/J. Müller, § 48 Rn. 44.

<sup>1002</sup> § 52 VwVfG unterscheidet nicht nach der zeitlichen Wirkung und ist im systematischen Zusammenhang zu den §§ 48, 49 VwVfG zu sehen, wonach eine Rücknahme auch mit Wirkung für die Zukunft ergehen kann.

der Rückwirkung verbundene Verweisung allein auf das Verhältnis zwischen Approbationsbehörde und Behandelnden keinerlei Auswirkungen hätte. Damit die Rückwirkung überhaupt einen Mehrwert gegenüber der Approbationsrücknahme für die Zukunft hat, muss ihre Wirkung daher über das Subordinationsverhältnis zwischen Behörde und Behandelnden hinaus reichen. Dazu liegt es jedenfalls nahe, einen Verstoß gegen § 2 BÄO zu bejahen, weil dieser in Verbindung mit der Umschaltnorm des § 134 BGB die Grundlage dafür schafft, dass zivilrechtliche Rechtsfolgen überhaupt eintreten können.

Schließlich wird die Annahme eines Verbotsverstößes von der Auffassung des Sozialgerichts Aachen gestützt. Dieses geht davon aus, dass den Behandelnden in Fall der Approbationsrücknahme zivilrechtliche Rechtsfolgen treffen.<sup>1003</sup> Solche können aber nur bei einer Anwendung des § 2 BÄO iVm. § 134 BGB eintreten.

### *c. Subjektive Voraussetzungen und Zwischenergebnis*

Auch kommt es für einen Verstoß nicht darauf an, dass dem Behandelnden aufgrund der Fiktion der Rückwirkung der Mangel der Approbation nicht bekannt gewesen sein kann. Ein subjektives Element ist für einen Verstoß gegen § 2 BÄO nicht zu fordern, da dieser gegen den objektiven Erfolg einer Behandlung durch einen nichtapprobierten Arzt gerichtet ist. Auch stellt die Vorschrift kein Strafgesetz im engeren Sinne dar, bei dem in der Regel auch der subjektive Tatbestand erfüllt sein müsste.

Der Behandlungsvertrag verstößt daher gegen § 2 BÄO.

### 3. Vorrang der Anfechtungsregelungen?

Wie gezeigt muss ein Verbotsverstoß nicht zwangsläufig zur Anwendung der in § 134 BGB vorgesehen Rechtsfolge führen. Der Normzweckvorbehalt als Ausdruck des *Lex specialis*-Grundsatzes ermöglicht vielmehr auch die Berücksichtigung speziellerer Normen. Als solche kommen die Vorschriften über die Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Frage. So hatte das Landesarbeitsgericht München im Jahre 2003 die Anfechtbarkeit eines Arbeitsvertrages<sup>1004</sup> wegen arglistiger Täuschung bejaht, bei dem der Behandelnde nicht approbiert war, dem Arbeitgeber aber eine gefälschte Approbationsurkunde vorgelegt hatte und auf dieser Grundlage angestellt wurde.<sup>1005</sup> Trotz Verstoßes gegen § 2 BÄO ging das Gericht also nicht von der Nichtigkeit des Arbeitsvertrages aus, sondern gab dem Vertragspartner ein Wahlrecht hinsichtlich der Wirksamkeit des Vertrages.

---

<sup>1003</sup> SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 22.

<sup>1004</sup> Zum Schicksaal von Arbeitsverträgen im Falle der Approbationsrücknahme siehe unter § 10 IV.

<sup>1005</sup> LAG München, Urteil vom 16.10.2003 – 2 Sa 283/03.

*a. § 134 BGB als lex specialis*

Dem trat die Revisionsinstanz entgegen. Es könne nicht in der Hand des Vertragspartners liegen, dem Vertragsverhältnis durch Unterlassen einer Anfechtung Gültigkeit zu verleihen.<sup>1006</sup> Dieses Ergebnis lässt sich anhand eines Vergleiches der Situationen im Falle eines Verstoßes gegen § 2 BÄO sowie im Falle eines Verstoßes gegen § 263 StGB – wo die Anfechtbarkeit der Rechtsfolge des § 134 BGB vorgeht<sup>1007</sup> – erklären. Im Falle eines Betruges stellt allein das Vermögen des getäuschten Vertragspartners das geschützte Rechtsgut dar.<sup>1008</sup> Es spricht also nichts dagegen, den Fortbestand des Rechtsgeschäftes in seine Hände zu legen. Dagegen ist der Kreis der von § 2 BÄO geschützten Rechtsgüter deutlich größer. Neben dem einzelnen Patienten erfasst der Schutzzweck des § 2 BÄO auch die Allgemeinheit. Einerseits soll vermieden werden, dass ein nicht geeigneter Arzt Behandlungen vornimmt und damit den behandelten Patienten gefährdet. Andererseits geht es auch darum, das gesellschaftliche Bild von der Ärzteschaft von der Vorstellung frei zu halten, dass ihr auch Personen angehören, die aus fachlichen oder persönlichen Gründen nicht zum Arztberuf geeignet sind. Eine solche Vorstellung würde die besondere Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient gefährden und langfristig dazu führen, dass die Allgemeinheit den Arztbesuch scheut, weil sie dem gesamten Berufsstand misstraut.<sup>1009</sup> Mit der Nichtigkeit von Rechtsverhältnissen zwischen Patienten und ungeeigneten Ärzten setzt der Staat mithin auch ein Zeichen an die Allgemeinheit, dass er die Berufsausübung durch solche Personen nicht hinnimmt. Da der Vertragspartner nicht der einzige ist, der von einem Fortbestand des verbotswidrigen Rechtsgeschäftes betroffen wäre, erscheint es gerechtfertigt, ihm diesbezüglich eine Dispositionsbefugnis zu verschaffen.

Darüber hinaus hält § 134 BGB – seinem Wortlaut nach – eine flexiblere Rechtsfolge bereit, als es im Rahmen der Anfechtung der Fall ist. Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 Abs. 1 BGB. Ein Verbotsverstoß kann dagegen noch eine Reihe weiterer Rechtsfolgen nach sich ziehen. Zwar ist zuzugeben, dass auch die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB teilweise modifiziert wird. Man denke nur an die Fälle angefochtener Arbeits- oder Gesellschaftsverträge.<sup>1010</sup> Allerdings ist die dogmatische Begründung der *Ex nunc*-Wirkung in diesen Fällen zweifelhaft, weil der Wortlaut des § 142 Abs. 1 BGB eine solche Rechtsfolge gerade nicht enthält. Zumindest diese Begründungsschwierigkeiten bestehen mit der Anwendung des § 134 BGB nicht, sodass diesem Weg der Vorzug zu gewähren ist. So könnte im Falle der erschlichenen Approbation eine *ex nunc* Nichtigkeit des Arbeitsverhält-

---

<sup>1006</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>1007</sup> Bork, BGB AT Rn. 1103; ebenso, aber für § 138 BGB: Larenz/Canaris, SchuldR BT II/2 S. 162.

<sup>1008</sup> BeckOK StGB/Beukelmann, § 263 Rn. 1.

<sup>1009</sup> In diesem Sinne auch schon die Ausführungen zur Unwürdigkeit unter § 2 I. 2. a. aa. (1).

<sup>1010</sup> Siehe zu ersteren unter § 10 I. 1. a.

nisses zwischen Arzt und Krankenhausträger dogmatisch sauberer mit Hilfe des Normzweckvorbehaltes in § 134 BGB begründet werden als mit einer Anwendung des § 142 Abs. 1 BGB.

Der Entscheidung des Landesarbeitsgerichtes München ist damit für sich schon nicht zu folgen. Bei einem Verstoß gegen § 2 BÄO sind die Regelungen der Anfechtung nicht spezieller als § 134 BGB.

### *b. Tatbestandliche Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln*

#### aa. § 123 Abs. 1 BGB

Unabhängig davon, dass § 134 BGB den Anfechtungsregeln in diesem Fall vorgeht, ist außerdem schon das Bestehen eines Anfechtungsgrundes fraglich, weil § 123 Abs. 1 BGB eine vorsätzliche Täuschung verlangt.<sup>1011</sup> Eine arglistige Täuschung über das Vorhandensein der faktisch ja vorhandenen Approbation ist ausgeschlossen, weil der Behandelnde zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Kenntnis vom Entzug derselben haben konnte. Die Kenntnis der fehlenden Approbation wird durch die Rückwirkung gerade nicht fingiert und auch die Kenntnis von den Rücknahmegründen kann ihr nicht gleichgestellt werden, weil das Vorliegen von Rücknahmegründen nicht zwangsläufig auch zur Rücknahme führt, sondern nur, wenn die Approbationsbehörde ebenfalls Kenntnis von diesen Gründen erlangt. Darüber hinaus konnte der Vertragspartner diesbezüglich auch keinem Irrtum unterliegen, weil dieser eine Fehlvorstellung über Tatsachen voraussetzt.<sup>1012</sup> Da es sich bei dem Vorliegen der Approbation zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses faktisch aber um eine wahre Tatsache handelte, war die Vorstellung an ihren Bestand keine Fehlvorstellung. Die Rückwirkung ist nicht geeignet, die subjektiven Vorstellungen in der Vergangenheit zu ändern!

Etwas anderes könnte gelten, wenn man darauf abstellt, der Behandelnde habe über seine generelle Eignung zum ärztlichen Beruf getäuscht. Dafür ist auf Seiten des Behandelnden zunächst die Kenntnis der Rücknahmegründe erforderlich, sodass im Falle eines gutgläubigen Behandelnden kein Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 BGB bestünde. Gerade bei einer erschlichenen Approbation wäre die Kenntnis aber zu bejahen.

In Betracht käme insoweit eine Täuschung durch Unterlassen, wobei eine Aufklärungspflicht nur zu bejahen wäre, wenn die vorenthaltene Tatsache für die Durchführung des Behandlungsvertrages von hoher Relevanz ist. Sind die verschwiegenen Umstände geeignet, die Vertragsdurchführung zu gefährden, zu vereiteln, oder das Äquivalenzverhältnis zu stören, muss der Vertragspartner hierüber aufklären.<sup>1013</sup> Dies lässt sich nicht pauschal für alle Rücknahmegründe sagen. Vielmehr ist hier zu unterscheiden: Wurde die ärztliche Prüfung nicht abgeschlos-

<sup>1011</sup> MüKo BGB/*Armbrüster*, § 123 Rn. 14.

<sup>1012</sup> BeckOGK BGB/*Rehberg*, § 123 Rn. 16.

<sup>1013</sup> Staudinger/*Singer/von Finckenstein* (2017), § 123 Rn. 12

sen oder entspricht das Medizinstudium nicht den deutschen Anforderungen und verfügt der Behandelnde mithin nicht über die nötige Expertise, um die Gesundheit des Patienten wiederherzustellen, ist eine Aufklärungspflicht aufgrund der Gefährdung des Vertragszwecks anzunehmen. Denn eine Behandlung durch eine fachlich nicht geeignete Person würde nicht den ärztlichen Standard erfüllen und den Patienten Gefährdungen aussetzen, denen er bei einem geeigneten Arzt nicht ausgesetzt wäre. Darüber hinaus ist auch das Äquivalenzinteresse betroffen, weil die Behandlungsleistung durch eine nicht geeignete Person jedenfalls weniger wert ist, als wenn ein fachlich geeigneter Arzt tätig wird. Gleiches gilt für die mangelnde gesundheitliche Eignung, vorausgesetzt, der Behandelnde ist sich dieser bewusst.

Fraglich ist aber, ob eine Aufklärung auch über Tatsachen erfolgen muss, die die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit des Behandelnden begründen. Hier wird man auf den Einzelfall rekurrieren müssen, weil nicht jedes Fehlverhalten des Behandelnden in der Vergangenheit auch geeignet ist, den Zweck des Behandlungsvertrages zu gefährden beziehungsweise das Äquivalenzverhältnis zu stören. Parallel zu der ähnlichen Frage einer Aufklärungspflicht über Straftaten im Rahmen des Abschlusses von Arbeitsverträgen kann darauf abgestellt werden, ob das Fehlverhalten Rückschlüsse auf eine etwaige Patientengefährdung durch den Behandelnden zulässt und damit objektive Zweifel an seiner Eignung für die vertragliche Leistung bestehen.<sup>1014</sup> Liegt das Fehlverhalten beispielsweise darin, dass der Betroffene sich während der Ausbildung an betäubten Patienten vergangen hat, so muss er hierüber aufklären, weil ein solches Verhalten auch gegenüber zukünftigen Patienten zu befürchten ist. Hat er dagegen seine Ehefrau aus Eifersucht getötet, so ist nicht erkennbar, warum sich dies auf den Erfolg der Heilbehandlung auswirken sollte. Eine Aufklärungspflicht bestünde dann nicht.

Fraglich ist allerdings, ob der Patient überhaupt einem Irrtum unterlag. Regelmäßig wird er sich über die grundlegende Eignung des Behandelnden nämlich keine Gedanken machen. Es ließe sich daher auch vertreten, dass er keiner Fehlvorstellung unterliegen kann, wenn er sich überhaupt keine Vorstellung über die Eignung des Behandelnden macht.

Dem ist jedoch – in Anlehnung an das Strafrecht –<sup>1015</sup> der Gedanke des sachgedanklichen Mitbewusstseins entgegenzuhalten.<sup>1016</sup> Danach liegt auch dann ein Irrtum vor, wenn der Irrende die tatsächlich nicht bestehende Tatsache als selbstverständlich voraussetzt, ohne sich über ihr Vorliegen Gedanken zu machen. Ein solches Mitbewusstsein ist auch dem Patienten hinsichtlich der Eignung des Behandelnden zu attestieren. Durch die strengen Regelungen des ärztlichen Berufsrechts ist die berufliche Eignung von Ärzten derart selbstverständlich geworden, dass sie in vertraglichen Absprachen nicht mehr ausdrücklich erwähnt werden.

<sup>1014</sup> Vgl. MüKo BGB/*Armbrüster*, § 123 Rn. 47.

<sup>1015</sup> Schönke/Schröder/*Perron*, § 263 Rn. 39 mwN.

<sup>1016</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, ZVertriebsR 2019, 178 (181).

Trotzdem geht der Patient auch aufgrund der staatlichen Kontrolle davon aus, dass der Behandelnde die Voraussetzungen erfüllt, die an einen Arzt zu stellen sind. Ansonsten würde er den betreffenden Mediziner schon gar nicht aufsuchen.

bb. § 119 Abs. 2 BGB

Auch könnte der Tatbestand eines Eigenschaftsirrturns bezüglich der Person des Vertragspartners nach § 119 Abs. 2 BGB erfüllt sein. Da hierzu keine Kenntnis des Behandelnden von den Rücknahmegründen erforderlich ist, käme eine Anfechtung auch im Falle eines gutgläubigen Behandelnden in Betracht.

Dazu müsste es sich bei der beruflichen Eignung um eine verkehrswesentliche Eigenschaft handeln. Erforderlich ist, dass der Erklärende die Eigenschaft in irgendeiner Weise erkennbar dem Vertrag zugrunde gelegt hat.<sup>1017</sup> Zwar wird der Patient nicht ausdrücklich erwähnen, dass er von dem Behandelnden die grundsätzliche Eignung zum Arztberuf erwartet. Aus der Tatsache, dass sich der Patient in die Behandlung begeben hat und dem Behandelnden damit die Möglichkeit gibt, auf das gewichtige Rechtsgut seiner Gesundheit einzuwirken, kann aber geschlossen werden, dass er von dessen grundsätzlicher Eignung ausgeht. So liegt im Falle mangelnder Ausbildung beziehungsweise eines mangelnden Ausbildungsabschlusses oder fehlender gesundheitlicher Eignung eine verkehrswesentliche Eigenschaft vor. Denn ein vernünftiger Patient verlangt von seinem Arzt, dass dieser fachlich und gesundheitlich in der Lage ist, die vertragliche Leistung zu erbringen, sodass diese Eigenschaften als konkludent mitvereinbart gelten können.

Im Fall der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit läge dagegen nur dann ein Eigenschaftsirrtum vor, wenn ein vernünftiger, durchschnittlicher Patient dem Vertragsschluss zu Grund gelegt hätte, dass in der Vergangenheit kein Fehlverhalten stattgefunden hat, welches die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit begründen würde. Davon kann nicht pauschal ausgegangen werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Fehlverhalten den Patienten überhaupt tangiert, sodass davon auszugehen ist, dass er dessen Nichtvorliegen konkludent voraussetzt. Davon ist in allen Fällen auszugehen, in denen zumindest auch die Unzuverlässigkeit bejaht werden kann. Denn in diesem Fall ergibt die Prognose, dass der Behandelnde sich aller Wahrscheinlichkeit nach ein berufliches Fehlverhalten zuschulden kommen lassen wird, von dem auch der Patient betroffen wäre.<sup>1018</sup> Die berufliche Zuverlässigkeit ist daher als verkehrswesentliche Eigenschaft anzusehen.

Anders dagegen, wenn das Fehlverhalten allein die Unwürdigkeit begründet. Hier besteht nicht die Befürchtung, dass ein Fehlverhalten auch im Rahmen der Behandlung erfolgen könnte, sodass diese für den Patienten irrelevant ist. Eine konkludente Zugrundelegung der Eigenschaft bei Vertragsschluss kann daher nicht angenommen werden.

---

<sup>1017</sup> BGHZ 88, 240 (246).

<sup>1018</sup> Siehe zum Merkmal der Unzuverlässigkeit ausführlich unter § 2 I. 2. a. bb.

### c. Zwischenergebnis

Für die Frage, ob den Anfechtungsregeln der Vorrang gegenüber § 134 BGB gebührt, ist zunächst genau zu überprüfen, ob die §§ 119 ff. BGB überhaupt tatbestandlich anwendbar sind. Die Problematik stellt sich nämlich schon gar nicht, wenn den Behandelnden keine Aufklärungspflicht im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB trifft, oder es sich bei einem Rücknahmegrund nicht um eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 BGB handelt.

Wie gesehen können sich die Tatbestände des § 134 BGB und der §§ 119 ff. BGB aber durchaus überschneiden. Im Fall einer solchen Konkurrenz sind die §§ 119 ff. BGB nicht anwendbar, weil § 134 BGB der Vorrang gebührt.<sup>1019</sup> Für dieses Ergebnis spricht neben der mangelnden Dispositionsbefugnis des Patienten über den Fortbestand des Vertrages und der flexibleren Rechtsfolge des § 134 BGB, dass die gesamte Fallgruppe der Approbationsrücknahme einheitlich gelöst wird. Demgegenüber hängt es bei Anwendbarkeit der §§ 119 ff. BGB wie gesehen vom Einzelfall ab, ob Nichtigkeit nach § 134 BGB eintritt, oder das Rechtsgeschäft anfechtbar ist. Die Anwendung des Anfechtungsrechts würde daher zu erheblichen Rechtsunsicherheiten für die Parteien führen, weil nicht klar ist, ob das Rechtsgeschäft nur anfechtbar ist und es somit auf die Entscheidung des Patienten ankommt, oder direkt Nichtigkeit eintritt.

### 4. Rechtsfolge des Verstoßes nach § 134 BGB

Wie erläutert, enthält der Normzweckvorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB eine Vermutungsregel zugunsten der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes. Es ist also solange von der Totalnichtigkeit auszugehen, wie sich „*nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*“.

Zieht man zunächst die Indizien zurate, die Rechtsprechung und Literatur zur Bestimmung der Rechtsfolge nutzen, ergibt sich ein eindeutiges Bild. Da es sich bei § 2 BÄO um ein strafbewährtes Inhaltsverbot handelt, müsste ein Verstoß nach den dargestellten Grundsätzen die vollständige Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nach sich ziehen.

Entscheidendes Kriterium ist jedoch das Telos der Verbotsnorm, dessen Anwendung letztlich auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung heruntergebrochen werden kann.<sup>1020</sup> Da grundsätzlich Totalnichtigkeit eintreten soll, dient diese zunächst als Ausgangspunkt. Es ist zu prüfen, ob die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages geeignet, erforderlich und angemessen ist, um dem Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes zu entsprechen. Telos des § 2 BÄO ist wie gesehen der Schutz der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Allgemeinheit. Geschützt sind die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Einzelnen sowie der Allgemeinheit, die

---

<sup>1019</sup> Einen anderen dogmatischen Weg gehen Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 15. Danach sind Verträge, die unter arglistiger Täuschung zustande gekommen sind nicht nach § 134 BGB nichtig, weil diese Norm schon tatbestandlich nicht anwendbar ist. Denn eine auf arglistiger Täuschung beruhende Willenserklärung stelle kein Rechtsgeschäft iSd. Norm dar.

<sup>1020</sup> Vgl. *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 94; *Köhler*, JuS 2010, S. 665 (666 f.).



durch eine unsachgemäße Heilbehandlung geschädigt werden können. Dabei liegt die Gefahr einer Zuwiderhandlung nicht nur darin, dass die Behandlung selbst den Tod oder eine Gesundheitsschädigung zur Folge haben kann. Vielmehr sind auch die Fernwirkungen zu beachten, die ein Verbotsvorstoß auf die Vertrauensbeziehung zwischen Patienten und Arzt sowie der Ärzteschaft insgesamt nach sich zieht. Denn im Falle eines Verbotsvorstoßes können die Patienten nicht mehr uneingeschränkt darauf vertrauen, dass ihr behandelnder Arzt die beruflichen Voraussetzungen der Bundesärzteordnung erfüllt. Damit geht ein Verlust von Vertrauen in die Ärzteschaft einher, der sich letztlich auch auf die Gesundheit der Allgemeinheit auswirkt. Denn eine intakte Vertrauensbasis ist der in der Arzt-Patienten-Beziehung elementar für einen Behandlungserfolg.

#### *a. Geeignetheit*

Geeignet ist eine Maßnahme, wenn sie das erklärte Ziel zumindest fördert, wobei schon die Möglichkeit der Zweckerreichung ausreicht.<sup>1021</sup>

##### *aa. Bösgläubiger Behandelnder*

Zunächst ist der Fall zu betrachten, in dem der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.

##### *(1) Wann liegt Bösgläubigkeit vor?*

Dabei ist zunächst zu klären, wann überhaupt von einem bösgläubigen Behandelnden gesprochen werden kann. Voraussetzung für die Bösgläubigkeit des Behandelnden ist die Kenntnis oder die grob fahrlässige Unkenntnis des Rücknahmegrundes. Unter grob fahrlässiger Unkenntnis versteht man eine nach den Gesamtumständen ungewöhnlich große Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, bei der dasjenige unbeachtet geblieben ist, was jedem hätte einleuchten müssen.<sup>1022</sup> Der Behandelnde muss also von seinem jeweiligen Fehlverhalten darauf geschlossen haben, dass er einen Rücknahmegrund verwirklicht. Kannte er das Vorliegen des Rücknahmegrundes nicht, muss ihm diese Unkenntnis vorwerfbar sein.

Dabei ist eine Parallelwertung in der Laiensphäre vorzunehmen.<sup>1023</sup> Der Behandelnde muss § 5 BÄO nicht kennen und sein Verhalten unter den Tatbestand subsumieren. Diese Voraussetzung wäre in den wenigsten Fällen erfüllt, weil die Vorschrift kaum einem Mediziner geläufig sein dürfte. Es reicht daher aus, wenn ihm bewusst ist, dass sein Fehlverhalten seine Tauglichkeit zum Arztberuf in Frage stellt und er daher nicht hätte approbiert werden dürfen.

---

<sup>1021</sup> BVerfGE 116, 202 (224).

<sup>1022</sup> BGHZ 89, 153 (161).

<sup>1023</sup> Vgl. Staudinger/Lorenz (2007), § 817 Rn. 22.

Hierbei ist zu beachten, dass insbesondere der Vorgang der Approbationserteilung selbst den Behandelnden dahingehend sensibilisiert, welche Anforderungen an einen Arzt gestellt werden. Für den Antrag auf Approbationserteilung ist unter anderem ein amtliches Führungszeugnis sowie eine Erklärung erforderlich, dass gegen den Antragssteller kein gerichtliches Strafverfahren oder ein staatsanwaltschaftliches Ermittlungsverfahren anhängig ist, § 39 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 ÄApprO. Ferner muss der Antragssteller eine Bescheinigung über seine gesundheitliche Eignung zum Arztberuf sowie ein Zeugnis über das Bestehen der ärztlichen Prüfung vorlegen, § 39 Abs. 1 Nr. 6 und Nr. 7 ÄApprO. Aufgrund dieser Erfordernisse wird dem Behandelnden vor Augen geführt, dass seine Eignung für den Arztberuf entscheidend davon abhängt, ob er strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, ob er gesundheitlich in der Lage ist, den Arztberuf auszuüben und ob er die ärztliche Prüfung erfolgreich abgeschlossen hat und also fachlich geeignet ist, den Beruf zu ergreifen.

Hat der Behandelnde Prüfungszeugnisse gefälscht oder die ärztliche Prüfung mittels Täuschung bestanden, so ist ihm bewusst, dass er den Nachweis schuldig geblieben ist, in fachlicher Sicht für den Arztberuf geeignet zu sein und die Approbation nicht hätte erteilt werden dürfen.

Nichts anderes gilt bei einer Verhaltensweise, die den Tatbestand der unbestimmten Rechtsbegriffe der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit erfüllt. Deren Inhalt ist zwar stark auslegungsbedürftig und auch unter Juristen regelmäßig umstritten, sodass man einem Mediziner nicht ohne weiteres ein Bewusstsein dahingehend unterstellen kann, dass seine Verhaltensweise einen der beiden Tatbestände erfüllt. Eine solch komplexe Gedankenoperation ist mit Blick auf die erforderliche Parallelwertung in der Laiensphäre aber auch gar nicht erforderlich. Dem Behandelnden muss aufgrund der geforderten Unterlagen klar sein, dass strafrechtlich relevantes Verhalten seine Eignung als Arzt in Frage stellt. Auch wenn er nicht sicher ist, ob das Verhalten tatsächlich zu der Ungeeignetheit führt, ist von ihm zu erwarten, dass er sich bei einem Juristen hierüber informiert, beziehungsweise das Fehlverhalten bei der Approbationsbehörde angibt. Jedenfalls darf er das Fehlverhalten nicht für sich behalten und darauf hoffen, es werde schon nicht erkannt. Tut er dies, ist ihm grob fahrlässige Unkenntnis hinsichtlich des Rücknahmegrundes zu attestieren.

Gleiches gilt im Fall von gesundheitlichen Beschwerden. Auch hierbei kann unklar sein, ob der Rücknahmegrund der mangelnden gesundheitlichen Eignung vorliegt. Hat der Behandelnde aber den Eindruck, dass er aufgrund gesundheitlicher Mängel möglicherweise nicht zum Arztberuf geeignet ist, dann muss er diese dem untersuchenden Arzt gegenüber äußern und seinen Zweifeln nachgehen oder die Zweifel der Approbationsbehörde mitteilen. Tut er dies nicht, kann ihm ebenfalls grob fahrlässige Unkenntnis darüber attestiert werden, dass er den Rücknahmegrund der mangelnden gesundheitlichen Eignung erfüllt.

## (2) Präventionswirkung und Vertrauen in die Ärzteschaft

Mit Blick auf den einzelnen Patienten erscheint es zunächst zweifelhaft, ob die vollständige Nichtigkeit des Behandlungsvertrages ihn im Nachhinein noch vor einer unsachgemäßen Behandlung schützen kann. Diese ist schließlich bereits erfolgt und kann nicht mehr rückgängig gemacht werden. Der Schutz des Einzelnen ist aber nicht auf die Gegenwart beschränkt, sondern soll auch zukünftig gewährleistet sein. Insofern ist nicht von der Hand zu weisen, dass der Rechtsfolge der Totalnichtigkeit eine abschreckende Wirkung für die Zukunft zukommt. Der Behandelnde verliert seinen Anspruch auf die Vergütung und sieht sich darüber hinaus Rückforderungsansprüchen des Patienten ausgesetzt, wenn dieser ihn schon bezahlt hat.<sup>1024</sup> Diese Folgen sind so schwerwiegend und damit das Risiko so groß, dass ein Verbotsverstoß durch den Behandelnden wirtschaftlich unattraktiv wird. Die Präventivwirkung kommt neben dem Schutz des konkreten Patienten auch dem Verbotszweck des Schutzes der Allgemeinheit vor unsachgemäßer Behandlung zu Gute. Ferner wirkt sie einem Vertrauensverlust der Ärzteschaft entgegen, weil vertrauensschädigendes Verhalten von Anfang an unterbunden wird.

Fraglich ist jedoch, ob die Totalnichtigkeit wirklich ausreicht, um die ärztliche Tätigkeit ohne Approbation präventiv zu unterbinden.

Nun könnte man im Falle von Behandelnden, die um den Rücknahmegrund wissen, einwenden, dass diese sich auch durch eine Totalnichtigkeit der abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht von ihrer Tätigkeit abbringen lassen werden. Jedoch ist im Rahmen der Geeignetheitsprüfung nicht erforderlich, dass der Zweck mit dem eingesetzten Mittel vollständig erreicht wird. Es genügt, wenn sich die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass das Telos zumindest teilweise erreicht wird.<sup>1025</sup> Es ist aber nicht von der Hand zu weisen, dass bei dem Behandelnden ein Umdenken einsetzen könnte, wenn ihm klar ist, dass sein verbotswidrig erarbeitetes Vermögen nicht bestandsfest sein wird, sondern ihm jederzeit wieder genommen werden kann, sobald der Rücknahmegrund der Behörde bekannt wird.

Darüber hinaus könnte man gegen die präventive Wirkung einwenden, dass zur Abschreckung des Behandelnden die Kenntnis der negativen Folgen, insbesondere auf die Rückabwicklung des Behandlungsvertrages, erforderlich ist. Die Auswirkungen der Approbationsrücknahme dürften dem Behandelnden aber kaum bekannt sein. Sie sind ja nicht einmal unter Juristen geklärt.

Dieser Einwand verkennt jedoch, dass die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages neben der Spezialprävention hinsichtlich des einzelnen Behandelnden auch eine generalpräventive Wirkung zeitigen kann. Spricht ein Gericht dem Patienten beispielsweise in Folge der Approbationsrücknahme und der Kenntnis des Rücknahmegrundes des Behandelnden einen Rückforderungsanspruch hinsichtlich der gezahlten Vergütung zu, so hat dies abschreckende Wirkung für jeden

---

<sup>1024</sup> Siehe hierzu unter § 8.

<sup>1025</sup> Maunz/Dürig/*Grzeszick*, Art. 20 GG Rn. 112.

zukünftigen Behandelnden, der dieses Fehlverhalten ebenfalls an den Tag legen will.

Darüber hinaus ist der präventive Aspekt nicht die einzige Folge einer Totalnichtigkeit. Vielmehr ist sie auch geeignet, einmal geschädigtes Vertrauen des einzelnen Arztes und der Bevölkerung in die Ärzteschaft wiederherzustellen. Der Staat macht mit der Anwendung der *ultima ratio* im Zivilrecht deutlich, dass er das geschehene Verhalten nicht duldet und mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln zu verhindern bereit ist. Der Delinquent wird aus dem Berufsstand entfernt und seine beruflichen Rechtsgeschäfte werden rückwirkend vernichtet. So entsteht der Eindruck einer rigoros durchgreifenden Obrigkeit, der zumindest geeignet ist, das Vertrauen in die Ärzteschaft ein Stück weit wieder zu stärken.

Aufgrund dessen ist die Totalnichtigkeit im Fall des bösgläubigen Behandelnden zumindest in der Lage, die Ziele des § 2 BÄO zu fördern und damit geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit.<sup>1026</sup>

#### bb. Gutgläubiger Behandelnder

Etwas anderes gilt jedoch, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig war. Beispielhaft kann hier der Fall eines Mediziners genannt werden, der seine Ausbildung in einem Drittstaat abgeschlossen hat und bei dem im Nachhinein die mangelnde Gleichwertigkeit der Ausbildung festgestellt wurde.

In diesem Fall liegt zwar ein besonders gewichtiger Eingriff in die Rechtsgüter Leben und Gesundheit des Patienten vor, weil der Behandelnde fachlich nicht den deutschen Anforderungen entspricht und die genannten Rechtsgüter daher einem erheblichen Risiko ausgesetzt sind. Trotzdem ist die Totalnichtigkeit nicht geeignet, das Ziel des Schutzes der Gesundheitsversorgung zu unterstützen. Denn die Totalnichtigkeit vermag an der Gefährdung der von Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Güter nichts zu ändern. Für den in der Regel bereits behandelten Patienten vermag die spätere Nichtigkeit die Gefahr rückwirkend nicht zu schmälern. Und auch die Gefährdung der Rechtsgüter in der Zukunft vermag die Totalnichtigkeit nicht zu beeinflussen. Außerdem setzt der Präventionseffekt nicht ein, wenn es um einen gutgläubigen Behandelnden geht. Von der abschreckenden Wirkung der zivilrechtlichen Totalnichtigkeit wird nur erfasst, wer weiß, dass er zur Erbringung der vertraglichen Leistung nicht geeignet ist. Schließlich nimmt das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten keinen Schaden, wenn der Staat nicht rigoros gegen den verbotswidrigen Behandlungsvertrag vorgeht, da ein Behandelnder, der gutgläubig auf seine Eignung vertraut und daher Heilbehandlungen vorgenommen hat, das Lauterkeitsbild der Ärzteschaft nicht beschädigt.

War der Behandelnde gutgläubig, ist die rückwirkende Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nicht geeignet, dem Schutz der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung zu dienen.

---

<sup>1026</sup> Kritisch gegenüber der Präventionswirkung durch die Totalnichtigkeit zeigt sich *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 101 ff. und 141 ff.

*b. Erforderlichkeit*

Erforderlich wäre die Rechtsfolge der Totalnichtigkeit im Fall eines bösgläubigen Behandlenden, wenn es keine milderen Mittel bei gleicher Eignung gäbe, um den Zweck des § 2 BÄO zu erreichen.<sup>1027</sup> Bei einem Verstoß gegen § 2 BÄO kommen neben der Totalnichtigkeit noch weitere Rechtsfolgen in Betracht, die ein solches milderes Mittel darstellen könnten.

*aa. Vollständige Wirksamkeit des Behandlungsvertrages*

Die volle Wirksamkeit des Behandlungsvertrages ist zur Zweckerreichung des § 2 BÄO ungeeignet: Der Verbotsverstoß hätte im Zivilrecht überhaupt keine Auswirkungen für den Behandlenden, sodass ihm aus zivilrechtlicher Sicht keinerlei Risiken drohen. Er behielte seinen vertraglichen Anspruch auf die Vergütung und sähe sich auch keinen Rückforderungsansprüchen der Patienten ausgesetzt. Ein präventiver Effekt bliebe aus. Zur effektiven Vermeidung der bewussten Heilbehandlung ohne Approbation erscheint es vielmehr sinnvoll, jedwede Anreize einer solchen Tätigkeit zu versagen, um einen Steuerungseffekt zu erzielen.

Zwar scheint diese Lösung für den Patienten insoweit vorteilhaft, als dass er einen etwaigen Schadensersatzanspruch auf vertraglicher Grundlage geltend machen könnte. Zugegeben wäre dies dem Schutz des einzelnen Patienten und damit dem Zweck des § 2 BÄO zuträglich. Zu beachten ist aber, dass der Patient auch im Falle der Totalnichtigkeit nicht allein auf deliktische Ansprüche zurückgreifen muss, weil auch quasivertragliche Ansprüche, insbesondere aus *culpa in contrabendo*, in Betracht kommen. Wie noch zu zeigen sein wird, ist er damit auch im Fall der Totalnichtigkeit des Behandlungsverhältnisses in ähnlicher Weise geschützt wie im Falle eines wirksamen Vertrages. Das erscheint auch sachgerecht, weil der Patient dem Behandlenden im Rahmen der Behandlung die Möglichkeit eröffnet hat, insbesondere auf seine Rechtsgüter Leben und Gesundheit in nicht unerheblichem Umfang einzuwirken. Eine rein deliktische Haftung, wie sie auch gegenüber jedem anderen eintreten würde, erscheint hier nicht ausreichend.<sup>1028</sup>

Der Ansatz, es bei der Wirksamkeit des Behandlungsvertrages zu belassen, ist daher mit Blick auf den Zweck des Verbotes abzulehnen, da die vollständige Wirksamkeit im Vergleich zu der Totalnichtigkeit kein gleich geeignetes Mittel darstellt, um den Zweck des § 2 BÄO zu erreichen.

*bb. Nichtigkeit ex nunc*

Eine mit der vollständigen Wirksamkeit vergleichbare Rechtsfolge hält § 134 BGB mit der Nichtigkeit mit Wirkung für die Zukunft bereit. Das Rechtsgeschäft ist danach ab dem Zeitpunkt der Geltendmachung des Verbotsverstößes nichtig. In diesem Fall wäre der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit als wirksam anzu-

<sup>1027</sup> BVerfGE 116, 202 (225) unter C. II. 2. cc) mwN.

<sup>1028</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II.

sehen, während er in Zukunft keine Rechten und Pflichten mehr begründet. Ist der Behandlungsvertrag also noch nicht erfüllt oder erstreckt sich die Behandlung über einen längeren Zeitraum, der noch nicht verstrichen ist, so entfallen die noch nicht erfüllten Leistungs- und Gegenleistungspflichten für die Zukunft.

Auch diese Rechtsfolge ist zur Erreichung des Zwecks von § 2 BÄO zumindest nicht ebenso geeignet wie die Totalnichtigkeit. Wie im Falle der vollständigen Wirksamkeit des Behandlungsvertrages hätte die Heilbehandlung ohne Approbation für den Behandelnden keinerlei negative Auswirkungen im Zivilrecht, was dem Präventionsgedanken zuwiderliefe. Er könnte risikolos gegen das Verbotsgesetz verstoßen und hätte keine Konsequenzen in Gestalt von Rückforderungsansprüchen der Patienten zu fürchten, weil mit dem Fortbestand des Behandlungsvertrages für die Vergangenheit ein Rechtsgrund für die Vergütungsleistung besteht.

Auch die Entstehung etwaiger vertraglicher Schadensersatzansprüche führt zu keinem anderen Ergebnis, weil – wie gesagt – auch eine quasivertragliche Haftung begründet wird, wenn der Behandlungsvertrag vollständig nichtig ist.

#### cc. Relative Nichtigkeit beziehungsweise schwebende Unwirksamkeit

Eine weitere Rechtsfolge kann darin bestehen, den Behandlungsvertrag für schwebend Unwirksam zu erklären und dem Patienten ein Wahlrecht an die Hand zu geben, ob er das Rechtsgeschäft mit dem Behandelnden aufrechterhalten will. Im Ergebnis entspricht ein solches Wahlrecht aber der Situation, die bei der Anwendung der Anfechtungsregeln auf den Fall der Approbationsrücknahme entsteht.<sup>1029</sup> Dagegen, den Fortbestand des Rechtsgeschäftes in die Hände des Patienten zu legen, spricht aber wie erläutert, dass er nicht als einziger von dem Verbotsverstoß betroffen ist, sondern sich auch Auswirkungen auf gesellschaftliche Bild von der Ärzteschaft ergeben: Rechtsgeschäfte über ärztliche Leistungen mit einer nicht (mehr) approbierten Person könnten so aufrechterhalten werden, sodass die Allgemeinheit den Eindruck gewinnt, der Staate gehe nicht entschlossen gegen derartiges Verbotverstöße vor.

Ferner sollte auch die Präventionswirkung nicht von der Entscheidung des Patienten abhängig sein. Sie ist wirkungsvoller, wenn die Totalnichtigkeit in allen Fällen eines bösgläubigen Behandelnden eintritt und nicht vom Willen des Patienten abhängt.

Die schwebende Unwirksamkeit mit der Genehmigungsmöglichkeit des Patienten ist daher als Rechtsfolge ungeeignet.

---

<sup>1029</sup> Siehe unter § 7 II. 3.

## dd. Teilnichtigkeit des Behandlungsvertrages

In Betracht kommt schließlich noch eine Teilnichtigkeit des Behandlungsvertrages. Damit ist gemeint, dass lediglich ein Teil der vertraglichen Abrede bezüglich Leistung oder Gegenleistung unwirksam ist wie zum Beispiel der überhöhte Teil des Zahlungsanspruchs im Falle der Mietpreisüberhöhung. Es ist zu prüfen, ob die Grundsätze, die sich insbesondere für Verstöße gegen Preisvorschriften herausgebildet haben, auch im Fall eines Verstoßes gegen § 2 BÄO zur Anwendung kommen können. Hintergrund der Teilnichtigkeit bei Preisvorschriften ist, wie gesehen, der Sinn und Zweck des Verbotsgesetzes. Liegt er im Schutz einer, zu meist der unterlegenen Vertragspartei, soll er nicht dadurch unterlaufen werden, dass man der Partei neben den Nachteilen des Rechtsgeschäftes auch seine Vorteile nimmt. Auch die Verbotsnorm des § 2 BÄO bezweckt – neben dem Schutz der Allgemeinheit – auch den Schutz des einzelnen Patienten davor, von einer ungeeigneten Person behandelt zu werden. Dem Patienten ist im Vergleich mit dem Behandelnden zudem eine strukturelle Unterlegenheit zu attestieren.

Problematisch bei der Anwendung dieser Gedanken auf den Behandlungsvertrag ist zunächst, dass sich der Verbotverstoß nicht auf einen abgrenzbaren Teil der vertraglichen Leistungs- oder Gegenleistungspflicht richtet wie bei einer wucherischen Mietzinsabrede. Der Verbotverstoß liegt im Fall des Behandlungsvertrages ohne Approbation in der Verpflichtung des Behandelnden, die Heilbehandlung vorzunehmen, also in dessen Leistungspflicht. Diese ist aber nicht in einen rechtmäßigen und einen rechtswidrigen Teil aufteilbar, vielmehr ist die gesamte Abrede der Leistung des Behandelnden verbotswidrig. Insofern besteht also ein Unterschied beispielsweise zu den Fällen des Mietwuchers, wo die verbotswidrige Gegenleistungspflicht, als die Endgeldabrede, in einen verbotenen und einen erlaubten Teil gespalten werden kann.

Die Teilbarkeit der Sachleistungsverpflichtung in einen verbotswidrigen und einen nicht verbotswidrigen Teil ist in den Fallgruppen, die mit Hilfe der Teilnichtigkeit gelöst werden, allerdings auch gar nicht diskutiert worden. Vielmehr ging es in den betreffenden Konstellationen immer um die Teilnichtigkeit der Preisabrede. So sollte mit der Teilnichtigkeit der Preisabsprache beim Mietwucher der Mietzins auf ein erträgliches Maß heruntergeschraubt werden. Ebenso verhielt es sich bei den Fällen des Verstoßes gegen Höchstpreisvorschriften und des Darlehenswuchers. Daher könnte man überlegen, ob man auch im Fall des verbotswidrigen Behandlungsvertrages allein die Entgeltabrede zwischen Arzt und Patienten für nichtig erklärt und den restlichen Vertrag, also die Abrede über die Behandlungsleistung, fortbestehen lässt. Für die Behandlungsleistung bestünde dann weiterhin ein Rechtsgrund, sodass der Arzt keinen bereicherungsrechtlichen Rückstattungsanspruch geltend machen könnte. Der Patient könnte die gezahlte Vergütung dagegen zurückverlangen, weil die Entgeltabrede als Rechtsgrund für seine Leistung entfallen ist. Außerdem hätte der Patient einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn dem Behandelnden bei der Ausführung der weiterhin vertraglichen Behandlungsleistung ein Fehler unterläuft.

Diesem Ansatz ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Entgeltabrede an sich gar nicht gegen § 2 BÄO verstößt. Verboten ist nicht eine bestimmte Preisgestaltung im Rahmen des Behandlungsvertrages, wie es beispielsweise nach § 5 WiStG ein Mietzins wäre, der die ortsübliche Vergleichsmiete um 20% übersteigt. Die Vorschrift soll allein die ärztliche Behandlung durch eine hierzu ungeeignete Person verhindern. Der verbotswidrige Teil der vertraglichen Abrede ist daher in der Verpflichtung zur Behandlungsleistung eines nicht approbierten Arztes zu sehen und gerade nicht in der Entgeltvereinbarung. Denn für den Fall, dass der Behandelnde über eine Approbation verfügt, würde § 2 BÄO den Behandlungsvertrag nicht allein aufgrund der Entgeltabrede verbieten.

Hinzu kommt, dass nach dem Modell der Teilnichtigkeit ausgerechnet der verbotsgesetzwidrige Teil der Abrede wirksam wäre. Denn die Vereinbarung über die Behandlungspflicht soll ja gerade wirksam bleiben, damit der Behandelnde hierfür mangels Rechtsgrundlosigkeit keinen Wertersatz fordern kann.

Denkbar wäre einzig, allein die verbotswidrige Leistungsabrede für nichtig zu erklären und die erlaubte Entgeltabrede fortbestehen zu lassen. Eine solche Teilnichtigkeit wäre allerdings nicht zielführend, weil dann der Behandelnde einen bereicherungsrechtlichen Wertersatzanspruch gegen den Patienten geltend machen könnte, da der Rechtsgrund für die Behandlungsleistung entfallen ist. Demgegenüber hätte der durch § 2 BÄO zu schützende Patient aber keinen bereicherungsrechtlichen Erstattungsanspruch hinsichtlich der gezahlten Vergütung, weil die Entgeltabrede als Rechtsgrund fortbesteht.

Die Rechtsfigur der Teilnichtigkeit ist daher nicht geeignet, um der vorliegenden Problematik Herr zu werden.

#### ee. Zwischenergebnis

Da keine milderen Mittel bei gleicher Eignung in Betracht kommen, bleibt es grundsätzlich bei der Anordnung des § 134 BGB. Die Totalnichtigkeit ist als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 2 BÄO erforderlich, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.

#### c. Angemessenheit bzw. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Schließlich müsste die Rechtsfolge der Totalnichtigkeit auch angemessen im engeren Sinne sein. Dazu sind die Schutzzwecke des § 2 BÄO mit der Privatautonomie der Vertragspartner aus Art. 2 Abs. 1 GG abzuwägen.

#### aa. Abstrakte Abwägung

Die geschützten Rechtsgüter sind zunächst abstrakt gegenüberzustellen. Dabei gilt der Grundsatz, dass der Schutz eines Rechtsgutes immer dann überwiegt, wenn es die Basis dafür bildet, dass das kollidierende Rechtsgut überhaupt bestehen



kann.<sup>1030</sup> Da es ohne das Rechtsgut Leben keine Parteien gäbe, zwischen denen privatautonom Verträge geschlossen werden können, spricht dieser Aspekt dafür, dass dieses zumindest abstrakt gewichtiger ist als die Privatautonomie. Für das Rechtsgut der Gesundheit gilt dies indessen nicht in allen Fällen, da eine Krankheit nicht zwangsläufig mit dem Verlust der Privatautonomie einhergeht.

Ferner kann danach differenziert werden, welchem Personenkreis der Schutz des jeweiligen Rechtsgutes dient: Geschützte Rechtsgüter, die der Allgemeinheit dienen, sind abstrakt hochwertiger als solche, die nur dem Einzelnen dienen. Das wird schon daran deutlich, dass der Einzelne immer auch von dem Schutz der Allgemeinheit profitiert, weil er dazugehört. Soll ein Schutzgut dagegen nur den Einzelnen schützen, ist nicht zugleich auch die Allgemeinheit erfasst.<sup>1031</sup> Außerdem ist ein Risiko für die Allgemeinheit naturgemäß schwieriger einzuschätzen als das Risiko des Einzelnen, weil es sich aufgrund der unbestimmten Zahl an Geschädigten in einem im Vorfeld kaum zu überblickenden Schaden verwirklichen kann.<sup>1032</sup> Eingriffe in Schutzgüter der Allgemeinheit sollen daher grundsätzlich leichter zu rechtfertigen sein als Eingriff in die Schutzgüter einzelner. Das Schutzgut der Gesundheitsversorgung dient sowohl dem einzelnen Patienten als auch der Allgemeinheit, während die Privatautonomie primär den Vertragsparteien dient. Ersterem ist damit der Vorzug einzuräumen.

Schließlich ist der Stellenwert zu berücksichtigen, den die Verfassung den widerstreitenden Rechtsgütern einräumt. Das Recht des einzelnen und der Allgemeinheit auf Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit ist in Art. 2 Abs. 2 GG verfassungsmäßig garantiert. Die Privatautonomie wird durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Für eine abstrakte Abwägung dieser Grundrechte ist auf die Möglichkeit ihrer Einschränkung zu rekurrieren.<sup>1033</sup> Während Art. 2 Abs. 2 GG unter einfachem Gesetzesvorbehalt steht, enthält Abs. 1 die sogenannte Schrankentrias. Nach einhelliger Auffassung enthält diese einen weitreichenden Rechtsvorbehalt, der zwar auch die Einschränkung durch formelle Gesetze ermöglicht, gleichzeitig aber darüber hinausgeht.<sup>1034</sup> Daher könne die allgemeine Handlungsfreiheit nicht nur durch formelle Gesetze, sondern beispielsweise auch durch Verordnungen oder Satzungen eingeschränkt werden. Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG sind somit weitgehender möglich als in Art. 2 Abs. 2 GG, sodass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit abstrakt gesehen überwiegt.

Die Schutzgüter des § 2 BÄO sind damit abstrakt gesehen höher zu gewichten als die Privatautonomie der Vertragsparteien.

---

<sup>1030</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 97 f.

<sup>1031</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 100.

<sup>1032</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 100.

<sup>1033</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 624; *Wienbracke*, ZJS 2013, S. 148 S. (153).

<sup>1034</sup> *Maunz/Dürig/Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 38 mwN.

### bb. Konkrete Abwägung

Außerdem muss eine konkrete Abwägung erfolgen, wobei insbesondere auf die Schwere des Eingriffs in das jeweilige Rechtsgut abzustellen ist.<sup>1035</sup> Je schwerer der Eingriff, umso höhere Anforderungen sind an die Rechtfertigung zu stellen. Die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages stellt den größtmöglichen Eingriff in die Privatautonomie dar, weil sie den Konsens der Parteien vollständig beseitigt. An die Rechtfertigung sind daher hohe Anforderungen zu stellen. Der Eingriff ist nur gerechtfertigt, wenn ein Bestehenlassen des Behandlungsvertrages zu einer unangemessenen Gefährdung der Schutzgüter des Lebens oder der Gesundheit führen würde.

Hierbei ist vor allem die Intensität der mit einem Verstoß gegen § 2 BÄO typischerweise verbundenen Gefährdung zu berücksichtigen.<sup>1036</sup>

Eingriffe in den menschlichen Körper gehen in aller Regel mit zum Teil existentiellen Gefahren einher und bedürfen daher spezieller Kenntnisse und Fertigkeiten, an denen es im Falle eines Verstoßes gegen § 2 BÄO in den meisten Fällen aber gerade mangelt. Diesbezüglich ist im Fall der Approbationsrücknahme zu differenzieren: Liegt der Rücknahmegrund in der mangelnden fachlichen Eignung des Behandelnden, etwa weil sein Medizinstudium nicht dem deutschen Standard entsprach oder er die Eignung nicht in einer Prüfung nachgewiesen hat, erreicht die Intensität der Gefährdung der behandelten Patienten einen hohen Grad. Ein fachlich nicht geeigneter Behandelnder stellt ein massives Risiko für Gesundheit und Leben des Patienten dar.

Die Rücknahmegründe haben aber nicht alle eine fehlende fachliche Befähigung des Behandelnden zum Gegenstand. So geht es bei den Rücknahmegründen der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit nicht um fachliche, sondern um persönliche Mängel des Behandelnden.<sup>1037</sup> Trotzdem lässt sich für den Fall der Unzuverlässigkeit eine erhöhte Gefährdung der Rechtsgüter des Patienten durch den Verstoß begründen, weil mit der Unzuverlässigkeit die Prognose zum Ausdruck kommt, dass der Behandelnde berufliches Fehlverhalten an den Tag legen wird, welches Leib und Leben des Patienten gefährden könnte.

Liegt alleine Unwürdigkeit, nicht aber Unzuverlässigkeit vor, lässt sich eine hohe Intensität der Gefährdung des Patienten dagegen nicht behaupten. Denn die Unwürdigkeit setzt voraus, dass der Behandelnde ein Fehlverhalten an den Tag gelegt hat, welches für sich genommen geeignet ist, das Ansehen und Vertrauen zu zerstören, welches für die ärztliche Berufsausübung unabdingbar ist. Eine Gefährdung des einzelnen Patienten durch die Behandlung kann darin nicht gesehen werden, denn, wie gesehen, ist gerade keine negative Prognose erforderlich. Die Unwürdigkeit führt nicht zu der Schlussfolgerung, dass der Behandelnde für den einzelnen Patienten ein besonderes Risiko darstellt.

<sup>1035</sup> *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn. 625.

<sup>1036</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 99.

<sup>1037</sup> Siehe zu diesen Tatbestandsmerkmalen ausführlich unter § 2 I. 2. a.

Allerdings ist der Schutz des einzelnen Patienten nicht der alleinige Zweck des § 2 BÄO. Vielmehr soll auch die Gesundheit der Bevölkerung insgesamt dadurch sichergestellt werden, dass zwischen Ärzten und Patienten das erforderliche Vertrauensverhältnis besteht, sodass die Heilbehandlung gelingen kann. Dazu ist insbesondere ein integriertes Berufsbild der Ärzteschaft aus Sicht der Patienten erforderlich. Die Integrität der Ärzteschaft würde bei Bekanntwerden der ärztlichen Tätigkeit durch eine unwürdige Person aber Schaden nehmen, was sich auf die Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient und letztlich auch auf die Gesundheit Einzelner und der Allgemeinheit auswirken kann. Damit liegt also auch in der ärztlichen Tätigkeit trotz Unwürdigkeit letztlich eine Gefahr für Leben und Gesundheit der Bevölkerung. Die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 GG wären bei einem Überwiegen der Privatautonomie für den Fall der Unwürdigkeit daher ebenfalls in besonderem Maße gefährdet.

So gewichtig die mit der ärztlichen Tätigkeit trotz Vorliegens von Rücknahmegründen einhergehenden Gefährdung der von Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Güter aber auch ist, darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die verbotswidrigen Behandlungen in der Regel bereits erfolgt sind. Es könnte aber unangemessen sein, den Behandlungsvertrag im Nachhinein als unwirksam zu behandeln, weil eine Gefährdung der geschützten Personen gar nicht mehr besteht.

Dem ist entgegenzuhalten, dass mit § 2 BÄO eben nicht nur der einzelne Patient geschützt werden soll, sondern hauptsächlich zukünftige Patienten und die Allgemeinheit. Die zivilrechtliche Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages zeitigt einen Präventionseffekt, der die hohe Gefahr für die von Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter in Zukunft verringert und damit zukünftige Patienten des Behandelnden vor einer Behandlung schützt. Denn wenn dem Behandelnden bewusst ist, dass der Vertrag nichtig ist und der Patient einen Rückforderungsanspruch hinsichtlich der gezahlten Vergütung hat, könnte er von einer Behandlung entgegen § 2 BÄO absehen.

Schließlich wird das Vertrauensverhältnis zwischen Bürgern und Ärzteschaft geschützt, indem mit der Nichtigkeit der zivilrechtlichen Beziehungen zum einen ein Signal an die Bevölkerung erfolgt, dass die Behandlung ohne Approbation beziehungsweise bei Vorliegen von Rücknahmegründen durch den Staat mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln bekämpft wird. Zum anderen trägt der damit verbundene Präventionseffekt dazu bei, dass die Bereitschaft zu verbotswidrigem Handeln in Zukunft nachlässt, sodass es weniger Fälle geben wird, die das Vertrauen der Allgemeinheit in die Ärzteschaft erschüttern.

Eine Gefahr für die von Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter besteht also auch dann noch, wenn der Behandelnde seine Leistung bereits erbracht hat.

Gegen ein Überwiegen der Vertragsfreiheit gegenüber den Rechtsgütern des Art. 2 Abs. 2 GG spricht ferner, dass der Patient den Fortbestand des Behandlungsvertrages in aller Regel nicht mehr befürwortet, wenn er Kenntnis von dem Verbotsverstoß erlangt. Hiergegen spricht auch nicht sein Bedürfnis nach einem vertraglichen Schadensersatzanspruch, weil jedenfalls auch eine quasivertragliche

Haftung aus § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB besteht.<sup>1038</sup> Insofern ist nur die Privatautonomie des Behandelnden betroffen, nicht aber die des Patienten, sodass die Intensität des Eingriffs in Art. 2 Abs. 1 GG geringer ist.

Es spricht also nach dem Gesagten schon sowohl die abstrakte als auch die bisherige, konkrete Abwägung dafür, der Privatautonomie des Behandelnden kein solches Gewicht zuzugestehen, dass diese die Rechtsgüter Leben und Gesundheit überwiegt.

Als Rechtsfolge des § 134 BGB tritt folglich die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages ein, wenn der Behandelnde den Rücknahmegrund kannte oder kennen musste.

#### *d. Ex tunc-Wirkung bei Unkenntnis des Rücknahmegrundes*

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes dagegen gutgläubig, wäre die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages aufgrund der mangelnden Eignung zum Schutz der Gesundheitsversorgung unverhältnismäßig.

Daraus resultiert jedoch nicht, dass der Behandlungsvertrag im Falle eines gutgläubigen Behandelnden vollständig wirksam ist. Denn es ist zu beachten, dass der Fortbestand des Behandlungsvertrages für die Zukunft dem Schutz des Patienten zuwiderlaufen würde. Dieser wäre an das verbotswidrige Rechtsgeschäft gebunden und könnte sich nach hier vertretener Auffassung nicht einmal mit Hilfe der Anfechtung daraus befreien, weil diese hinter § 134 BGB zurücktritt.<sup>1039</sup> Für die Zukunft muss die vertragliche Bindung an den nach der Rücknahme nicht mehr approbierten Behandelnden daher entfallen. Ansonsten hätte der Behandelnde – sollte der Leistungsaustausch zum Zeitpunkt der Rücknahme noch nicht stattgefunden haben – vor Vertragserfüllung weiterhin einen Anspruch auf Zahlung der Vergütung, während der Patient einen Anspruch auf die nunmehr verbotswidrige Leistung hätte. Diese Ansprüche könnten vor Gericht geltend gemacht werden, sodass der Richter einen Anspruch titulieren müsste, der einem öffentlich-rechtlichen Verbot zuwiderläuft. Hierin läge ein Widerspruch zwischen den Teilrechtsordnungen, der durch § 134 BGB gerade vermieden werden soll.<sup>1040</sup> Insofern bietet sich die durch den Normzweckvorbehalt ermöglichte Nichtigkeit *ex tunc* an.

---

<sup>1038</sup> Siehe unter § 8 II. 1.

<sup>1039</sup> Siehe unter § 7 II. 3. a.

<sup>1040</sup> Siehe unter § 7 I.

*e. Zwischenergebnis*

Die abstrakte Abwägung hat im Fall eines bösgläubigen Behandelnden ein Überwiegen der Rechtsgüter des Lebens und der Gesundheit aus Art. 2 Abs. 2 GG gegenüber der Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG ergeben. Darüber hinaus spricht für ein Überwiegen der Rechtsgüter Leben und Gesundheit und somit für die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages im Rahmen einer konkreten Abwägung, dass der Eingriff in die Privatautonomie im Falle der Approbationsrücknahme nicht mehr die Privatautonomie der Parteien, sondern nur noch die des Behandelnden betrifft. Denn der Wille des Patienten wird sich bei Bekanntwerden der Rücknahme dahingehend ändern, dass er nun selbst nicht mehr an dem Behandlungsvertrag festhalten will.

Darüber hinaus wäre der mit einem Fortbestand des Behandlungsvertrages verbundene Eingriff in die Schutzgüter des Art. 2 Abs. 2 GG derart gewichtig, dass er nicht mit einem Verweis auf die Privatautonomie des Behandelnden gerechtfertigt werden kann. Das gilt zum einen für Fälle, in denen die Rücknahmegründe die fachliche Eignung des Behandelnden betreffen, zum anderen aber auch in Fällen der Unzuverlässigkeit und Unwürdigkeit.

Eine wichtige Einschränkung gilt allerdings im Fall des gutgläubigen Behandelnden. In diesem Fall ist die Totalnichtigkeit nicht geeignet, eine präventive Wirkung zu entfalten. Allerdings kann der Behandlungsvertrag auch nicht vollständig wirksam bleiben, da es ansonsten zu einem Bruch zwischen den Teilrechtsordnungen kommt. Ist der Behandelnde mit Blick auf die Rücknahmegründe gutgläubig, erschöpft sich die Rechtsfolge daher in der Nichtigkeit *ex nunc*!

Dabei ist zu beachten, dass zwar nach hier vertretener Auffassung bei einem gutgläubigen Behandelnden schon die Rücknahme auf öffentlich-rechtlicher Ebene nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen darf. Die zivilrechtliche Betrachtung erfolgte aber mit der Vorgabe, der Rücknahme in jedem Fall *Ex tunc*-Wirkung beizumessen, um die Folgen des Ansatzes einer pauschalen Rückwirkung des § 5 BÄO – wie sie die herrschende Meinung vertritt – zu überblicken. Daher gilt im Falle des gutgläubigen Behandelnden, dass der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit weiterhin wirksam ist, sodass ein Rechtsgrund für die ausgetauschten Leistungen besteht und eine Rückabwicklung ausscheidet. Sind die Leistungen noch nicht oder nur teilweise ausgetauscht, bestehen für die Zukunft aber keinerlei Primäransprüche mehr, weil ansonsten ein Widerspruch der Teilrechtsordnungen drohen würde. Der Patient hat weder einen Anspruch auf die verbotswidrige Behandlung, noch hat der Behandelnde einen Anspruch auf eine noch nicht gezahlte Vergütung.

Der aus der Rücknahme resultierende Verstoß gegen § 2 BÄO hat dagegen im Falle der Bösgläubigkeit des Behandelnden gemäß § 134 BGB die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages zur Folge. Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG ist durch die großen Gefahren gerechtfertigt, die mit einer Wirksamkeit des Behandlungsvertrages einhergehen würden. Der Normzweckvorbehalt greift nicht. Damit sind sowohl die Ansprüche des Patienten aus dem Behandlungsvertrag als auch die des

Behandelnden von Anfang an als unwirksam zu betrachten. Allerdings ist die Betrachtung noch nicht abgeschlossen. Um es mit den Worten *Westphals* zu sagen: „Mit der Nichtigkeitsanordnung sind die eigentlichen Konflikte noch lange nicht erledigt. Häufig fangen die zivilrechtlichen Probleme dann erst an.“<sup>1041</sup>

---

<sup>1041</sup> *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S. 68.

## **§ 8 Folgeansprüche bei *Ex tunc*-Nichtigkeit des Behandlungsvertrages**

Da sich die *Ex tunc*-Nichtigkeit nur im Falle eines bösgläubigen Behandelnden ergibt, kommen auch nur in diesem Fall bereicherungsrechtliche Ansprüche in Betracht. Denn sollte der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig sein, sind die §§ 812 ff. BGB ausgeschlossen, da der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit fortbesteht und mithin ein Rechtsgrund für die einzelnen Leistungen vorliegt!

Im Falle des unredlichen Behandelnden stellt sich zunächst die Frage der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses (I.). Darüber hinaus fällt mit dem Behandlungsvertrag auch ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB weg, was die Frage nach dem Bestehen etwaiger Schadensersatzansprüche aufwirft (II.).

### **I. Rückerstattung der vertraglichen Leistungen**

#### **1. Bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch des Patienten**

Zunächst kommt ein Kondiktionsanspruch des Patienten auf Rückzahlung der geleisteten Vergütung in Betracht, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Diese fällt als vermögensrechtlicher Vorteil unter den Begriff des „erlangten Etwas“. Der Patient hat das Honorar mit dem Ziel gezahlt, seiner Zahlungspflicht nachzukommen

und damit das Vermögen des Behandelnden zu vergrößern. Es liegt daher auch eine zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens<sup>1042</sup> und mithin eine Leistung vor. Schließlich mangelt es aufgrund der Nichtigkeit des Behandlungsvertrages an einem Rechtsgrund. § 817 S. 2 BGB findet mangels Verbotsverstoß des Patienten keine Anwendung. Wie gesehen richtet sich § 2 BÄO nur gegen den Behandelnden, sodass ein Verbotsverstoß durch den Patienten nicht möglich ist.

*a. Kondiktionsausschluss nach § 814 Var. 1 BGB*

Der Rückforderungsanspruch wäre aber nach § 814 Var. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Patient in Kenntnis der Nichtschuld geleistet hätte.

Die Anwendung dieser Vorschrift im Fall der Approbationsrücknahme ist ausgesprochen problematisch, weil durch die *Ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit zwar das Nichtvorliegen eines Behandlungsvertrages zum Zeitpunkt der Leistung fingiert wird, faktisch aber ein Behandlungsvertrag bestand. Im Leistungszeitpunkt konnte der Patient daher auch keine Kenntnis darüber haben, dass der Vertrag nichtig war und somit keine Leistungspflicht bestand. Eine Anwendung der Vorschrift wäre nur möglich, wenn schon die Kenntnis des Rücknahmegrundes den Tatbestand der Kenntnis der Nichtschuld erfülle. Das Vorliegen des Rücknahmegrundes ist die Grundlage für die Approbationsrücknahme und damit auch für den Verstoß gegen § 2 BÄO mit der Folge der Nichtigkeit, die wiederum zu der Nichtschuld nach § 814 Var. 1 BGB führt. Richtigerweise ist die Anwendung des § 814 Var. 1 BGB in diesem Fall aber ausgeschlossen, weil der Patient vom Vorliegen des Rücknahmegrundes nicht sicher auf die Nichtschuld schließen kann. Denn wenn die Approbationsbehörde keine Kenntnis von dem Fehlverhalten des Behandelnden erhält, nimmt sie die Approbation nicht zurück und der Behandlungsvertrag bleibt bestehen. Diese Auffassung wird im Verlauf der Arbeit noch ausführlich zu begründen sein.<sup>1043</sup> An dieser Stelle erfordert sie aber noch keiner tiefergehenden Erörterung, weil der Rücknahmegrund dem Patienten ohnehin kaum je bekannt sein dürfte. Denn erstens hat er keinen Einblick in die Vorgeschichte des Behandelnden und zweitens wird er sich nicht von ihm behandeln lassen, wenn er um seine Ungeeignetheit für den Arztberuf weiß.

*b. Einwand der Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB*

Fraglich ist, ob der Behandelnde gegenüber dem Patienten den Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB vorbringen kann. Das ist vor allem deswegen relevant, weil die Vergütungszahlung des Patienten im hier zu behandelnden Fall schon einige Zeit zurückliegen kann. Der Behandelnde könnte geltend machen, dass er die erhaltene Vergütung bereits wieder ausgegeben hat. In diesem Fall wäre

---

<sup>1042</sup> Siehe zum Begriff der Leistung BGHZ 40, 272 (277); *Wolf*, FS Mühl, S. 705; *Kötter*, AcP 151, S. 193 (195 ff.); *Berg*, NJW 1962, S. 101.

<sup>1043</sup> Siehe hierzu unter § 8 I. 2. b.



er nur dann zur Zahlung von Wertersatz verpflichtet, wenn er anderweitige Aufwendungen erspart hätte.<sup>1044</sup> Es ist zu fragen, ob der Behandelnde ohne die Vergütungszahlungen seine anderweitigen Ressourcen genutzt hätte, um das entsprechende Geschäft zu finanzieren. Hat er mit der Vergütung Ausgaben vorgenommen, die er sonst nicht getätigt hätte (Luxusausgaben), kann er sich auf den Wegfall der Bereicherung berufen.<sup>1045</sup>

aa. Verschärfte Haftung, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB

Allerdings könnte sich der Behandelnde nicht auf den Einwand der Entreicherung berufen, wenn er nach § 818 Abs. 4 BGB verschärft haftet.<sup>1046</sup> Danach haftet der Empfänger vom Eintritt der Rechtshängigkeit an nach den allgemeinen Vorschriften. § 819 Abs. 1 BGB setzt den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit mit dem Zeitpunkt gleich, in dem der Empfänger die Leistung in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes erlangt, beziehungsweise, wenn er die Kenntnis nach dem Empfang der Leistung erlangt, mit dem Zeitpunkt der Erlangung der Kenntnis. Diesen Fällen ist gemein, dass der Empfänger jeweils nicht mehr auf das Behaltendürfen des Erlangten vertrauen durfte.<sup>1047</sup> Da ihm bewusst ist, dass er den Bereicherungsgegenstand möglicherweise wieder herausgeben muss, sind an seine Sorgfalt im Umgang mit dem Gegenstand erhöhte Anforderungen zu stellen.<sup>1048</sup> Entlässt er den Leistungsgegenstand trotzdem aus seinem Vermögen und kann ihn somit nicht herausgeben, soll ihm mangels Schutzwürdigkeit insbesondere nicht der Vorteil einer Berufung auf Entreicherung zukommen.<sup>1049</sup>

Rechtstechnisch wird dies jedoch nicht etwa durch einen bloßen Ausschluss des § 818 Abs. 3 BGB gewährleistet. Vielmehr kann der Empfänger gegenüber dem Kondiktionsanspruch aus den §§ 812 ff. BGB durchaus noch den Einwand der Entreicherung geltend machen. Es bringt ihm nur nichts, weil der Leistende neben dem Kondiktionsanspruch einen Anspruch aus den in § 818 Abs. 4 erwähnten „allgemeinen Vorschriften“ hat. Über diesen Verweis gelangt man zunächst zu § 292 BGB, der wiederum auf den Schadensersatzanspruch des § 989 BGB verweist. Letztlich schuldet der Empfänger damit Schadensersatz für die infolge der Entreicherung unmögliche Herausgabe des Bereicherungsgegenstandes, ohne dass es auf eine verbleibende Bereicherung ankäme.<sup>1050</sup>

<sup>1044</sup> MüKo BGB/*Schwab*, § 818 Rn. 187.

<sup>1045</sup> *Canaris* JZ 1971, S. 560 (561) als Anmerkung zu BGHZ 55, 128; *Haljmeier*, JA 2007, S. 492 (494 f.); BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 818 Rn. 53; NK-BGB/*Linke*, § 818 Rn. 45; jurisPK BGB/*Martinek*, § 818 Rn. 96.

<sup>1046</sup> BGHZ 132, 198 (213); BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 818 Rn. 83; MüKo BGB/*Schwab*, § 818 Rn. 311; Palandt/*Sprau* § 818 Rn. 53.

<sup>1047</sup> MüKo BGB/*Schwab*, § 819 Rn. 1.

<sup>1048</sup> BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 819 Rn. 2; vgl. schon Mugdan II, S. 55.

<sup>1049</sup> MüKo BGB/*Schwab*, § 818 Rn. 311.

<sup>1050</sup> Staudinger/*Lorenz* (2007), § 818 Rn. 52; wohl auch MüKo BGB/*Schwab*, § 818 Rn. 311 ff.; *Medicus*, JuS 1993, S. 705 (709 f.) wonach es bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs denklogisch auch dazu kommen kann, dass der Entreicherungsseinwand Wirkung erzielt,

Voraussetzung für die Anwendung des § 819 Abs. 1 Alt. 1 BGB ist die Kenntnis des Leistungsempfängers vom Fehlen des rechtlichen Grundes. Fraglich ist dabei, was genau von der Kenntnis umfasst sein muss. Denn anders als bei tatsächlichen Umständen ist die Kenntnis über das Fehlen des rechtlichen Grundes mit einer normativen Wertung verknüpft. Die reine Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die zum Mangel des rechtlichen Grundes führen, reicht gerade nicht aus.<sup>1051</sup> Fraglich ist, inwieweit der Empfänger das tatsächliche Geschehen juristisch einordnen muss. Muss ihm bewusst sein, dass er das Erlangte nach den §§ 812 ff. BGB herauszugeben hat, weil kein Rechtsgrund, beispielsweise in Form eines gültigen Vertrages, vorliegt? Wohl nicht, denn ansonsten käme die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals nur bei juristisch vorgebildeten Personen in Betracht.<sup>1052</sup> Vielmehr ist zur Beantwortung dieser Frage der Hintergrund der Vorschrift in den Blick zu nehmen. Der Empfänger soll verschärft haften, weil er nicht auf das Behaltendürfen des Erlangt vertrauen durfte. Es reicht mithin aus, wenn er aus den tatsächlichen Umständen mittels einer „*Parallelwertung in der Laiensphäre*“ die Schlussfolgerung zieht, dass er das Erlangte nicht behalten darf.<sup>1053</sup> Über die bloße Kenntnis der Umstände hinaus muss sich die Einsicht des Nichtbehalten-Dürfens dafür so stark aufdrängen, dass sie einem redlich denkenden Empfänger offenkundig wäre. Nach dem Bundesgerichtshof hat bereits derjenige Kenntnis von dem Mangel des rechtlichen Grundes, der sich der Einsicht, das Erlangte nicht behalten zu dürfen, bewusst verschließt.<sup>1054</sup>

Der Behandelnde haftet also ab dem Zeitpunkt verschärft, in dem er Kenntnis darüber erlangt hat, dass der Behandlungsvertrag als Rechtsgrund der Vergütungsleistung weggefallen ist, weil ihm ab diesem Zeitpunkt bewusst ist, dass der Patient die Vergütung zurückverlangen kann. Problematisch ist dabei wiederum, dass der Behandlungsvertrag erst in dem Zeitpunkt nichtig wird, in dem die Approbation durch die Behörde zurückgenommen wird. Daher kann der Behandelnde auch erst ab diesem Zeitpunkt Kenntnis von dem Fehlen des Rechtsgrundes haben. Für die zuvor getätigten Ausgaben gilt die verschärfte Haftung damit noch nicht, sodass er sich diesbezüglich auf Entreicherung berufen könnte. Zwar wird die

---

sog. Restwirkung des § 818 Abs. 3 BGB; *Kohler*, JZ 2002, S. 682 (694); siehe auch BGHZ 83, 293 (299); nach *Wieling*, BereicherungsR, S. 85 lenken die §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 und 820 BGB „*die Haftung an § 818 III vorbei auf Vorschriften, welche eine strengere Haftung vorsehen.*“

<sup>1051</sup> So aber OLG Hamm, NJW 1977, 1824; *Schreiber*, JuS 1978, S. 230 (231). Dagegen wie hier BGHZ 118, 383 (392); BGH, NJW 1998, 2433 (2434) unter II. 2. b); BGH, NJW 2014, 2790 Rn. 27; BeckOK BGB/*Wendehorst*, § 819 Rn. 3; *Erman/Buck-Heeb*, § 819 BGB Rn. 1a; *Jauernig/Stadler*, § 819 Rn. 4; *Wieling*, BereicherungsR, S. 86; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 310; *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 117.

<sup>1052</sup> MüKo BGB/*Schwab*, § 819 Rn. 2.

<sup>1053</sup> NK-BGB/*Linke*, § 819 Rn. 2; MüKo BGB/*Schwab*, § 819 Rn. 2; *Mayer-Maly*, FS Lange, 1970, S. 291 (301 f.).

<sup>1054</sup> BGHZ 133, 246 (249 f.); BGH, NJW 2014, 2790 Rn. 27; ebenso OLG Zweibrücken MMR 2010, 346 unter II. 3.; ebenso: NK-BGB/*Linke*, § 819 Rn. 2; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 819 Rn. 3.

Nichtigkeit auch für die Vergangenheit fingiert, jedoch erstreckt sich diese Fiktion nicht auf die Kenntnis der Nichtigkeit.

Allerdings ist der Hintergrund des § 819 Abs. 1 BGB nicht aus dem Blick zu verlieren. Der Empfänger soll verschärft haften, weil er nicht auf das Behaltendürfen des Erlangten vertrauen durfte. Da es insofern ausreicht, wenn er aus den tatsächlichen Umständen mittels einer „*Parallelwertung in der Laiensphäre*“ die Schlussfolgerung zieht, dass er das Erlangte nicht behalten darf, könnte man die verschärfte Haftung auch schon ab dem Moment der Kenntnisnahme des jeweiligen Rücknahmegrundes eintreten lassen.

Dagegen sprechen zwei Erwägungen. Erstens: Damit dem Behandelnden vorwerfbar ist, dass er Aufwendungen getätigt hat, von denen er wusste, dass er die dafür eingesetzten Mittel wieder herausgeben muss, ist erforderlich, dass der Rückforderungsanspruch des Patienten im Zeitpunkt der Aufwendung bereits feststeht. Davon ist aber schon deshalb nicht auszugehen, weil die Rücknahme und damit die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages noch von der Kenntniserlangung und der – zumindest bei fakultativen Rücknahmegründen – Ermessensentscheidung der Behörde abhängt. Sichere Kenntnis von dem Mangel des rechtlichen Grundes war vor der Entscheidung der Approbationsbehörde somit gar nicht möglich. Somit kann auch nicht aus den Umständen auf eine solche Kenntnis geschlossen werden.

Zweitens kann die Existenz der Vorschrift des § 142 Abs. 2 BGB eingewandt werden. Denn wenn allein die Kenntnis eines möglichen Verlustes des rechtlichen Grundes für die Anwendbarkeit des § 819 Abs. 1 BGB ausreichen würde, stellt sich die Frage, warum es für den besonderen Fall der Anfechtbarkeit dann nötig war, eine Regelung vorzunehmen, nach der die Kenntnis der möglichen Nichtigkeit (weil Anfechtbarkeit) des Rechtsgeschäfts der tatsächlichen Kenntnis der Nichtigkeit gleichgestellt wird. Mit anderen Worten: Wäre für § 819 Abs. 1 BGB schon die Kenntnis ausreichend, dass der Rechtsgrund möglicherweise entfällt, wäre die Vorschrift des § 142 Abs. 2 BGB nicht erforderlich gewesen!

#### bb. Analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB

§ 142 Abs. 2 BGB ist jedoch nicht nur Bestandteil des Problems, sondern auch seiner Lösung. Denn die Situation im Fall der Anfechtbarkeit ähnelt frappierend derjenigen bei noch nicht erfolgter Rücknahme der Approbation: Auch im Fall der Anfechtbarkeit ist der Fortbestand des Vertrags unklar, weil nicht feststeht, ob eine Anfechtungserklärung erfolgen wird. Diese Schwebelage wird von § 142 Abs. 2 BGB aufgegriffen. Weiß der Leistende, dass der Empfänger den Vertrag wegen der arglistigen Täuschung anfechten kann, kommt man mittels § 142 Abs. 2 BGB zu einer Gleichstellung der Kenntnis der Anfechtbarkeit und der Kenntnis der Nichtigkeit mit der Folge, dass der Rückforderungsanspruch des Leistenden ausgeschlossen ist. Bei der Prüfung des § 819 Abs. 1 BGB im Fall der Approbationsrücknahme besteht eine vergleichbare Schwebelage. Die Rücknahme – und damit vermittelt durch § 134 BGB der Verlust des Rechtsgrundes – hängt von der

Approbationsbehörde ab; der Behandelnde hat diesbezüglich auf den Fortbestand des Rechtsgeschäftes keinen Einfluss. Aufgrund der vergleichbaren Interessenlage kommt mithin eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>1055</sup>

Darüber hinaus liegt auch eine unbeabsichtigte Regelungslücke vor, denn der Gesetzgeber hat diesen atypischen Fall sicherlich nicht bedacht, als er über die Regelung abstimmte.<sup>1056</sup> Schließlich besteht auch das Bedürfnis nach einem Analogieschluss: Denn es erscheint unter Berücksichtigung des Telos des § 819 Abs. 1 BGB sinnvoll, dem im Hinblick auf die Rücknahmegründe bösgläubigen Behandelnden verschärft haften zu lassen. Einem Behandelnden, der sich seine Approbation erschlichen hat, ist bewusst, dass er nicht zur Heilbehandlung hätte zugelassen werden dürfen. Da auch die Kenntnis der Verbotsnorm des § 2 BÄO zu unterstellen ist, durfte er nicht schutzwürdig auf ein Behalten-Dürfen der erlangten Vergütung vertrauen.<sup>1057</sup> Eine verschärfte Haftung würde also dem Sinn und Zweck der Norm entsprechen.

Da die Voraussetzungen einer Analogie vorliegen, ist die Kenntnis der Rücknahmegründe der Kenntnis der Rechtsgrundlosigkeit der Leistung gleichzustellen, § 142 Abs. 2 BGB analog. § 819 Abs. 1 BGB ist mithin anwendbar. Der Behandelnde haftet verschärft, wenn er den Rücknahmegrund kannte.

#### cc. Folge der Haftungsverschärfung

Ist dem Behandelnden die Herausgabe der Vergütung unmöglich, weil er die Summe bereits wieder ausgegeben hat, tritt neben den Anspruch des Patienten aus den §§ 812 ff. BGB ein weiterer Anspruch auf Schadensersatz aus den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292, 989 BGB. Selbst wenn der Behandelnde sich gegenüber dem bereicherungsrechtlichen Anspruch auf § 818 Abs. 3 BGB beruft, so kommt ihm diese Möglichkeit gegenüber dem Schadensersatzanspruch nicht zugute.

#### c. Zwischenergebnis

Der Patient hat einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der an den Behandelnden gezahlten Vergütung. Der Kondiktionsausschluss des § 814 Var. 1 BGB ist nicht anwendbar, weil der Patient keine Kenntnis der Nichtschuld haben kann.

Der Behandelnde haftet aufgrund der Kenntnis des Rücknahmegrundes verschärft, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB iVm. § 142 Abs. 2 BGB analog. Neben

<sup>1055</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie siehe *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § 4 Rn. 78 ff.; sowie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 202 ff.

<sup>1056</sup> Jedenfalls ist der Fall der *ex tunc* entzogenen Approbation in den Materialien zum BGB soweit ersichtlich nirgends erwähnt.

<sup>1057</sup> Vgl. hierzu auch BGH, NJW-RR 2004, 1442 (1444); OLG Brandenburg, BeckRS 2011, 19873, wo eine Anwendung des § 819 Abs. 1 BGB in Fälle vertreten wird, in denen der Empfänger aus anderen Gründen als der Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund nicht davon ausgehen kann, den Leistungsgegenstand behalten zu dürfen. Dagegen aber BeckOK BGB/*Wendehorst*, § 819 Rn. 5, wonach es an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke mangle.

den bereicherungsrechtlichen Anspruch tritt daher ein Schadensersatzanspruch aus den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292, 989 BGB, sodass die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB dem Behandelnden nicht weiterhilft.

## 2. Bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch des Behandelnden aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 iVm. § 818 Abs. 2 BGB

Auch der Behandelnde könnte in Folge des mangelnden Rechtsgrundes einen Kondiktionsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB haben. Zwar wird er in aller Regel sein Geld bereits erhalten haben, relevant wird sein Kondiktionsanspruch aber, wenn der Patient seinen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung geltend macht. Diesem Anspruch könnte der Behandelnde dann einen etwaigen Wertersatzanspruch entgegenhalten.

„*Erlangtes Etwas*“ des Patienten ist nach der gegenständlichen Betrachtungsweise die Heilbehandlung also solche.<sup>1058</sup> Diese nahm der Behandelnde auch mit dem Ziel vor, sie dem Patienten zugutekommen zu lassen. Darin ist also eine zweckgerichtete Vermögensmehrung und also eine Leistung des Behandelnden zu sehen. Da die Herausgabe der Heilbehandlung nicht *in natura* erfolgen kann, wäre gem. § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten.

Fraglich ist aber, ob es auch an einem Rechtsgrund mangelt. Hierbei ist zunächst danach zu differenzieren, ob der Behandelnde redlich war. War er hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, besteht der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit fort, weil die Nichtigkeit nach § 134 Hs. 2 BGB nur mit Wirkung für die Zukunft eintritt. Nur, wenn der Behandelnde bösgläubig war, kommt ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Grund der Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages in Betracht.

Allerdings ist auch bei Bösgläubigkeit die Anwendung des Bereicherungsrechts nicht unproblematisch. Vielmehr ist im Falle eines nichtigen Vertrages umstritten, ob die Leistungskondiktion Anwendung finden, oder der Fall nicht vielmehr über die §§ 677 ff. BGB zu lösen ist. In diesem Fall würde die Geschäftsführung ohne Auftrag einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen der Leistung bilden, sodass der Kondiktionsanspruch tatbestandlich ausgeschlossen wäre.

### *a. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag als Rechtsgrund*

Wie der Name schon vorwegnimmt, erfordert die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag zunächst eine Geschäftsbesorgung, zu der der Geschäftsführer nicht beauftragt wurde. Insofern ist die vorliegende Fallkonstellation unproblematisch.

---

<sup>1058</sup> Ganz hM, siehe Staudinger/Lorenz (2007), § 812 Rn. 65; BeckOK BGB/Wendeborst, § 812 Rn. 54; MüKo BGB/Schwab, § 812 Rn. 21 mwN. Zu den weiteren Auffassungen, die insbesondere iRd. früher herrschenden vermögensorientierten Sichtweise vertreten wurde, siehe MüKo BGB/Schwab, § 812 Rn. 19 mwN.

tisch. Unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fällt jede aktive Tätigkeit,<sup>1059</sup> mithin auch eine ärztliche Heilbehandlung. Dabei spielt die Verbotswidrigkeit der Geschäftsbesorgung keine Rolle,<sup>1060</sup> weil die Geschäftsführung ohne Auftrag als gesetzliches Schuldverhältnis von den Regelungen für Rechtsgeschäfte nicht berührt wird.<sup>1061</sup>

Das Merkmal „ohne Auftrag“ dient der Abgrenzung der §§ 677 ff. BGB von der vertraglichen Geschäftsbesorgung.<sup>1062</sup> Aufgrund der rückwirkenden Nichtigkeitsfiktion ist der Behandlungsvertrag als niemals existent zu betrachten, sodass der Behandelnde zur Geschäftsbesorgung zu keiner Zeit beauftragt oder anderweitig berechtigt war. Auf sein Bewusstsein bezüglich der Auftragslosigkeit kommt es nicht an, das Merkmal hat allein die tatsächliche Lage zum Gegenstand.<sup>1063</sup>

#### aa. Fremdes Geschäft

Darüber hinaus erfordert § 677 BGB, dass die Geschäftsbesorgung „für einen anderen“ erfolgt. Betrachtet man allein den Wortsinn des Gesetzes, ist die Formulierung relativ eindeutig. Erforderlich ist lediglich das subjektive Vorstellungsbild, die Geschäftsbesorgung für einen anderen vorzunehmen. Ein Teil der Lehre folgert daraus, dass die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches einen subjektiven Ansatz vorsahen, nach dem das Vorstellungsbild des Handelnden entscheidend für das Vorliegen der *negotiorum gestio* ist. Auf ein objektiv fremdes Geschäft komme es

<sup>1059</sup> RGZ 70, 251; 84, 53; 135, 94 (103); BGHZ 38, 270 (275); *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 111 f.; *Melliss*, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht, S. 145 f.; BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 677 Rn. 10; BeckOGK BGB/*Tbole*, § 677 Rn. 86; MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 34; a.A.: *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 301, wonach ein Handeln in „wirtschaftlicher“ Vertretung des Geschäftsherrn erforderlich ist.

<sup>1060</sup> BGHZ 37, 258 (262); 111, 308, 311; 118, 142 (150); BGH, BeckRS 1978, 31118166 unter II. 1.; *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 119; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 142; BeckOGK BGB/*Tbole*, § 677 Rn. 87; *Staudinger/Bergmann* (2015), § 677 Rn. 113; *Erman/Dornis*, § 677 Rn. 2; RGRK-BGB/*Steffen*, Vor § 677 Rn. 9; einschränkend: MüKo BGB/*Seiler* (2012), Vor § 677 Rn. 5, wonach eine Anwendung der GoA zumindest bei grob sittenwidrigen Verträgen abwegig sei; ebenfalls *von Bar*, FS Schlechtriem, S. 710; a.A.: *Neuffer*, Der pflichtengebundene Geschäftsführer, S. 6 und 68 mit der Begründung, dass derartige Tätigkeiten nicht den Schutz des Gesetzes in Anspruch nehmen dürfen; ebenso *Bengel*, Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag, S. 7; *Brückmann*, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, S. 18–20 „eine deliktische Geschäftsbesorgung kann niemals die Voraussetzungen des § 677 erfüllen.“; so auch die Rechtslage in Frankreich, siehe *von Bar*, FS Schlechtriem, S. 707; *Jost*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 58 ff.

<sup>1061</sup> MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 34.

<sup>1062</sup> MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 75.

<sup>1063</sup> BGHZ 1, 57 (62); 37, 258 (262 f.); BGH, NJW 1951, 269; RGRK/*Steffen*, Vor § 677 Rn. 54; *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (371); *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 143.

danach nicht an.<sup>1064</sup> Konträr dazu stellte die sogenannte objektive Theorie allein auf das Vorliegen eines fremden Geschäftes ab, ohne dass es auf subjektive Merkmale ankommen sollte.<sup>1065</sup>

Die herrschende Meinung vereint beide Aspekte. Gefordert wird zunächst das Vorliegen eines fremden Geschäftes,<sup>1066</sup> wobei die Abgrenzung von fremden und eigenen Geschäften anhand einer Sphärenbetrachtung erfolgt. Ein fremdes Geschäft ist immer dann gegeben, wenn der Geschäftsführer in einen fremde Rechts- und Interessenskreis eingreift.<sup>1067</sup> Diese Einordnung dient letztlich aber nur der Feststellung des Fremdgeschäftsführungswillens.<sup>1068</sup> Dazu wird zwischen objektiv fremden Geschäften, bei denen der Fremdgeschäftsführungswille vermutet wird, und neutralen Geschäften, bei denen er objektiv zu Tage getreten sein muss (subjektiv fremdes Geschäft), unterschieden.

Die Kontroverse wirkt sich im Ergebnis allerdings nicht aus. Die rein subjektive Auffassung stellt ohnehin nur auf den Fremdgeschäftsführungswillen ab und verzichtet auf das Aufstellen objektiver Voraussetzungen, sodass es auf das Vorliegen eines fremden Geschäftes nicht ankommt. Ähnlich liegt es auch, wenn man der herrschenden Meinung folgt, nach der die objektive Komponente letztlich nur der Einordnung dient. Aber auch wenn man mit der rein objektiven Theorie ein fremdes Geschäft für erforderlich hält, ergibt sich nichts Gegenteiliges. Die Heilung des eigenen Körpers fällt in den Rechtskreis des Patienten.<sup>1069</sup> Zwar fällt die Behandlung aus objektiver Sicht auch in den vertraglich begründeten Pflichtenkreis des Arztes.<sup>1070</sup> Aufgrund dieses Doppelinteresses<sup>1071</sup> handelt es sich bei der

---

<sup>1064</sup> *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 9; *Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag S. 23 f.; *Reichard*, AcP 193, 567 (568); *Lange*, ZGS 2009, S. 442 (446); BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 97; *Soergel/Beuthien*, § 677 Rn. 3; *Staudinger/Bergmann* (2015), Vorbem. zu §§ 677 ff. BGB Rn. 34.

<sup>1065</sup> Nachweise hierzu bei *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 43 f.

<sup>1066</sup> *Deppenkemper*, Negotiorum gestio Teil 2, S. 693; *Giesen*, JURA 1996, S. 225 (227); *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 8; *Wandt*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, § 4 Rn. 6; RGRK/*Steffen*, Vorbem § 677 Rn.10; *Erman/Dornis*, § 677 Rn. 5.

<sup>1067</sup> RGZ 97, 61 (65 f.); 138, 45 (48); BGHZ 181, 188 (195); BGH, NJW 2000, 72; BSG NJW-RR 2001, 1282 (1284); BAG, NJW 2012, 797 (798 f.) Rn. 25; zustimmend *Weishaupt*, NJW 2000, S. 1002; *Giesen*, JURA 1996, S. 225 (228); *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 704; BeckOK BGB/*Gehrlein* § 677 Rn. 13; HK-BGB/*Schulze* Rn. 3; *Palandt/Sprau*, § 677 Rn. 4; *Soergel/Beuthien*, § 677 Rn. 6; ähnlich auch MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 39, der darauf abstellt, in wessen Rechte durch die Geschäftsbesorgung am stärksten eingegriffen wird.

<sup>1068</sup> *Larenz*, SchuldR II/1, S. 438.

<sup>1069</sup> *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 704 f.

<sup>1070</sup> Hier könnte man anführen, es bestehe wegen der *Ex tunc*-Wirkung der Nichtigkeit nach § 134 BGB gar kein vertraglich begründeter Pflichtenkreis des Behandelnden. Es ist aber auf die Sicht eines objektiven Beobachters zum Zeitpunkt der Vornahme der Heilbehandlung abzustellen. Die Fiktion der rückwirkenden Nichtigkeit reicht nicht so weit, dass objektiv Erfahrbare zu diesem Zeitpunkt zu ändern. Es ist vielmehr auf die faktischen Gegebenheiten abzustellen. Vgl. zur Reichweite insbesondere der Rückwirkungsfiktion die kritischen Ausführungen von *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S. 179. Siehe ferner ausführlich unter § 4 II.

<sup>1071</sup> BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 103.

Heilbehandlung jedoch nur um einen Fall des sog. auch-fremden Geschäftes, welches für die Anwendung der §§ 677 ff. BGB ausreicht.<sup>1072</sup>

#### bb. Fremdgeschäftsführungswille

Nach der objektiven Theorie wäre der Grundtatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag damit bereits erfüllt. Wie gesehen erfordert die Anwendbarkeit nach herrschender Meinung und subjektiver Theorie aber einen Fremdgeschäftsführungswillen beim Geschäftsführer. Neben dem Wortlaut („für einen anderen“)<sup>1073</sup> spricht hierfür auch die Gesetzessystematik, genauer: ein Umkehrschluss aus § 687 Abs. 1 BGB. Danach sind die §§ 677 ff. BGB nicht anwendbar, wenn „jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei“.<sup>1074</sup> Uneinigkeit herrscht allerdings darüber, wie der Fremdgeschäftsführungswille zu bestimmen ist. *Bergmann* sieht darin ein normatives Tatbestandsmerkmal mit der Folge, dass sich das Vorliegen objektiv, nach dem sozialen Sinn der Tätigkeit bestimmt.<sup>1075</sup> Andere gehen von einem empirischen Merkmal aus, dessen Vorliegen vom natürlichen, realen Willen des Geschäftsführers abhängt.<sup>1076</sup> Erforderlich seien das Bewusstsein und der Wille des Geschäftsführers, die Besorgung für den Geschäftsherrn durchzuführen.<sup>1077</sup> Dem folgt auch die hM, die sich aber ob der damit einhergehenden Beweisschwierigkeiten<sup>1078</sup> im Falle eines objektiv fremden Geschäftes einer Vermutungswirkung bedient.<sup>1079</sup>

<sup>1072</sup> BGHZ 65, 354 (357); 65, 384 (387); 110, 313 (315) BGH, NJW-RR 2007, 672 (673); NJW-RR 2008, 683 (685); BGH, NJW-RR 2010, 590 Rn. 8; *Schwarck*, JuS 1984, S. 321 (324); a.A.: *Medicus*, JZ 1967, S. 63 (65), Anm. zu AG Düsseldorf, Schiedsurteil vom 7.12.1966 – 14 C 2450/65 = JZ 1967, 62 f.; *Roth-Stielow*, NJW 1957, S. 489; „*tätigkeitsbedingte, notwendige Koppelung*“; *Neuffer*, Der Pflichtengebundene Geschäftsführer, S. 44 ff.: fremdes Geschäft lediglich „*Reflexwirkung*“ der Besorgung eines eigenen Geschäftes; einschränkend auch *Larenz*, SchuldR II/1, S. 439 ff; kritisch: *Schwerdtner*, JURA 1982, S. 593 (595 ff.).

<sup>1073</sup> Nach a.A. spricht der Wortlaut nicht eindeutig für das Erfordernis eines Fremdgeschäftsführungswillens, da die Formulierung auch objektiv verstanden werden könne, siehe *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 22; *Schwarck*, JuS 1984, S. 321.

<sup>1074</sup> *Reichard*, AcP 193, S. 567 (568); *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 53 f.; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 50.

<sup>1075</sup> *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 121; ebenso schon *Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 26; kritisch dazu *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 48.

<sup>1076</sup> *Gursky*, AcP 185, S. 13 (27 ff.).

<sup>1077</sup> *Thole*, NJW 2010, S. 1243; *Schwarck*, JuS 1984, S. 321 (322).

<sup>1078</sup> *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 23; *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 130 spricht sogar von faktischer Unbeweisbarkeit.

<sup>1079</sup> BGHZ 38, 270 (276); 40, 28 (31); 65, 354 (357); 70, 389 (396); 82, 323 (330 f.); 98, 235 (240); 143, 9 (14); 181, 188 (195); 191, 325 (332); BAG, NJW 2012, 797 Rn. 25, 26; BeckOK BGB/*Gebrlein* § 677 Rn. 13; *Soergel/Beuthien* § 677 Rn. 6; für einen Anscheinsbeweis: *Gursky*, AcP 185, S. 13 (35); a.A.: *Schubert*, AcP 178, S. 425 (454); *Staudinger/Wittmann* (12. Auflage), Vorbem. §§ 677 Rn. 21; für eine normative Betrachtung nach der objektiven Zweckrichtung („*sozialen Sinn*“): *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 50; *Wittmann*, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 163.



Hieran aber wird die Austauschbarkeit des normativen Ansatzes und der herrschenden Meinung deutlich. Vordergründig vertreten beide Auffassungen, dass es auf die subjektive Vorstellung des Geschäftsherrn ankommt. Im Ergebnis fällt die Entscheidung aber jeweils nach objektiven Gesichtspunkten. Die herrschende Auffassung verbindet mit dem objektiven Vorliegen eines fremden Geschäftes eine kaum zu widerlegende Vermutung<sup>1080</sup> im subjektiven Tatbestand, während *Bergmann* das Vorliegen der subjektiven Voraussetzung anhand von objektiven Kriterien ermittelt.<sup>1081</sup> Da sich im Ergebnis kaum Unterschiede ergeben werden, sprechen zumindest keine Argumente dagegen, der herrschenden Meinung zu folgen und weiterhin bei Vorliegen eines fremden Geschäfts den Fremdgeschäftsführungswillen zu vermuten. Vielmehr entspricht diese Vermutung der Lebenserfahrung, dass Tätigkeiten im fremden Rechtskreis in der Regel „für einen anderen“ vorgenommen werden.<sup>1082</sup>

Ob die Vermutung auch im Falle eines auch-fremden Geschäftes gilt, ist allerdings wiederum sehr umstritten.<sup>1083</sup> Den Gegnern der Vermutungswirkung geht es im Kern darum, die daraus resultierende ausufernde Anwendung der §§ 677 ff. BGB – unter anderem auch auf die Fallgruppe der nichtigen Verträge – zu verhindern. Hintergrund ist die extensive Auslegung der Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Rechtsprechung.<sup>1084</sup> Insbesondere die *actio contraria* nach §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB wurde gewissermaßen als „Notnagel“ verwendet, wenn ansonsten kein Regressanspruch in Betracht kam.<sup>1085</sup> Der Bundesgerichtshof griff damit einen Gedanken aus dem römischen Recht auf, wo, in Anbetracht des Fehlens eines allgemeinen Bereicherungsanspruchs, die *negotiorum*

---

<sup>1080</sup> *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 51; *Deppenkemper*, *Negotiorum gestio* Teil 2, S. 704; *Esser/Weyers*, *SchuldR BT*, S. 12.

<sup>1081</sup> Vgl. *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (365).

<sup>1082</sup> NK-BGB/*Schwab*, § 677 Rn. 59.

<sup>1083</sup> Dafür: BGHZ 40, 28 (31); 65, 354 (357); 70, 389 (396); 82, 323 (330 f.); 98, 235 (240); 143, 9 (14 f.); 181, 188 (195); BGH, NJW 2000, 73; NJW-RR 2004, 82; BSG, NJW-RR 2001, 1282 (1284); BeckOK BGB/*Gehrlein*, § 677 Rn. 15 (allerdings gegen eine Vermutungswirkung bei pflichtgebundenen Geschäftsführern, Rn. 16); *Jauernig/Mansel*, § 677 Rn. 4; NK-BGB/*Schwab*, § 677 Rn. 59; *Palandt/Sprau*, § 677 Rn. 6; *Looschelders*, *SchuldR BT* Rn. 849; differenzierend: *Schmark*, JuS 1984, S. 321 (324); dagegen: BayObLGZ 1968, 200 (204 f.); LG Frankfurt a.M., NJW 1977, 1924 (1925); LG München I, NJW 1978, 48 f., OLG Koblenz, NJW 1992, 2367 (2368); LG Landau, NJW 2000, 1046; *Neuffer*, *Der pflichtgebundene Geschäftsführer*, S. 67; *Stein*, § 677 BGB und das objektiv fremde Geschäft, S. 145; *Müller*, *Fremdgeschäftsführungswille*, S. 43 will gar das subjektive Moment aus dem Tatbestand der GoA streichen; *Beuthien*, JuS 1987, S. 841 (848); *Wollschläger*, *Geschäftsführung ohne Auftrag*, S. 207 ff.; *Schubert*, AcP 1978, S. 425 (454); *Gursky*, AcP 1985, S. 13 (27); *Schubert*, NJW 1978, S. 687 (688); *Rödter*, JuS 1983, S. 930 (931); *Stamm*, JURA 2002, S. 730 f., der eine Lösung über die Regeln der Gesamtschuld vorschlägt. *Martinek/Theobald*, JuS 1997, S. 992; *Einsele*, JuS 1998, S. 401 (403); *Thole*, NJW 2010, S. 1243 (1247); *Esser/Weyers*, *SchuldR BT II*, S. 12; *Staudinger/Bergmann* (2015), Vor § 677 Rn. 131; *MüKo BGB/Seiler* (2012), § 677 Rn. 21; BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 105; kritisch auch: *Falk*, JuS 2003, S. 833 (836 f.); *Beuthien*, JuS 1987, S. 841 (848) *Medicus/Petersen*, Rn. 412; *Schwerdtner*, JURA 1982, S. 593 (597).

<sup>1084</sup> *Thole*, NJW 2010, S. 1243; BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 2.

<sup>1085</sup> *Thole*, NJW 2010, S. 1243.

*gestio* als Ausgleichsinstrument verwendet wurde.<sup>1086</sup> Daraus resultieren Ansätze in der Literatur, dieser „*Billigkeitsrechtsprechung*“<sup>1087</sup> Einhalt zu gebieten und den weiten Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag schon auf Tatbestandsebene zu beschränken.

Allein, bei aller berechtigten Kritik der Literatur an der überschießenden Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Rechtsprechung, bieten auch die alternativen Ansätze keine allgemein gültigen Maßstäbe für den positiven Nachweis des Vorliegens eines Fremdgeschäftsführungswillens.<sup>1088</sup> So spricht beispielsweise die Aussicht auf eine Gegenleistung zwar grundsätzlich für einen Willen zur Eigengeschäftsführung.<sup>1089</sup> Trotzdem ist ein Tätigwerden überwiegend für einen anderen auch im Falle einer erwarteten Gegenleistung im Falle besonders altruistischer Menschen durchaus denkbar, etwa, wenn der Geschäftsführer einem Freund beim Heimwerken hilft und weiß, dass dieser ihn wie immer dafür bezahlen wird, seine Mithilfe aus Freundschaftlichkeit aber auch ohne Bezahlung zur Verfügung stellen würde. Die Vermutungswirkung abzulehnen, ist ob der weiterhin bestehenden Beweisproblematik bei subjektiven Tatbestandselementen keine konstruktive Lösung. Die inneren Vorgänge des Geschäftsführers lassen sich nicht sicher nachweisen, sodass man zwangsläufig von den objektiven Umständen auf subjektive Merkmale schließen muss, sodass die Vermutung des Fremdgeschäftsführungswillens gerechtfertigt erscheint.

Vielmehr ist zu vergegenwärtigen, dass sich die umstrittenen Fälle in Fallgruppen einordnen lassen.<sup>1090</sup> Gemeinsam haben diese, dass es immer eine über den Tatbestand des § 677 BGB hinausgehende gesetzliche Wertung ist, die dazu veranlasst, die Anwendbarkeit der GoA zu überdenken.<sup>1091</sup> Im Rahmen der Fallgruppe der nichtigen Verträge gilt beispielsweise die gesetzliche Wertung, dass diese über das Bereicherungsrecht zu erfolgen hat.<sup>1092</sup> Darauf aufbauende Wertungskor-

---

<sup>1086</sup> Jansen, AcP 2016, S. 112 (168); Jansen, ZEuP 2007, S. 958 (965); Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 5.

<sup>1087</sup> Lorenz, NJW 1996, S. 883 (887).

<sup>1088</sup> Vgl. Gold, JA 1994, S. 205 (212); Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (369); vgl. ebenso Sippel, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 262 f., wo letztlich dieselben Kriterien angewendet werden, nach denen die Rechtsprechung ohnehin schon vorgeht. Daneben ist diese Auffassung inkonsequent, weil im Zweifel doch wieder auf die Vermutung zurückgegriffen wird. Zweifel aber sind diesem subjektiven Tatbestandsmerkmal in jedem Fall immanent.

<sup>1089</sup> So beispielsweise Sippel, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 247.

<sup>1090</sup> Vgl. Thule, NJW 2010, S. 1243 (1244); Gold, JA 1994, S. 205 (210); Schmark, JuS 1984, S. 321 (324); Esser/Weyers SchuldR BT II, S. 13. Vgl. auch: Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 61; Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (344 ff.); Sippel, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 25; Medicus/Petersen, Rn. 407 ff.; NK-BGB/Schwab, § 677 Rn. 33 ff.

<sup>1091</sup> Hader, Die GoA als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 279; Die §§ 677 ff. BGB sind für Wertungsfragen anderer Rechtsinstitute geöffnet, siehe Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 58 f.

<sup>1092</sup> Hierzu eingehend unter § 8 I. 2. a. cc.

rekturen müssen aber nicht zwingend an die Tatbestandsmerkmale der Norm angeknüpft werden, sondern können auch auf Konkurrenzebene angesprochen werden. Fragen des Tatbestandes und der Anspruchskonkurrenz gehen häufig ineinander über und sind weitgehend austauschbar.<sup>1093</sup> Es erscheint daher naheliegender, gesetzliche Wertungen, die mit den Tatbestandsmerkmalen des § 677 BGB nicht zusammenhängen, auch unabhängig von diesen zu würdigen.<sup>1094</sup> Ein solches Vorgehen hat auch den Vorteil, dass keine Scheindiskussion auf Tatbestandsebene geführt werden muss. Vielmehr können die hinter den tatbestandlichen Argumenten verborgenen Aspekte direkt angeführt werden. Die Diskussion wird dadurch transparenter und behandelt die problematischen Fragen in ihrem Kern.

Darüber hinaus lässt sich der Fremdgeschäftsführungswille unabhängig von einer Vermutung auch positiv begründen: Zum Zeitpunkt der Vornahme der Behandlung handelte der Arzt zwar in dem Willen, seine Pflichten aus dem unerkannt – da *ex tunc* – nichtigen Behandlungsvertrag zu erfüllen. Aus subjektiver Sicht wollte der Arzt damit vordergründig zwar ein eigenes Geschäft vornehmen. Allerdings war ihm zusätzlich der Eingriff in die Rechte des Patienten und die Tatsache, dass er sich im Rechtskreis des Patienten bewegte, bewusst. Auch aus objektiver Sicht legt die Behandlung durch einen Arzt nahe, dass diese zumindest auch für den Patienten durchgeführt wird. Gerade der ärztlichen Heiltätigkeit kann – trotz aller wirtschaftlichen Zwänge – kaum jedweder Altruismus abgestritten werden.<sup>1095</sup>

Der Wille, für den Patienten tätig zu werden, ergibt sich für den Arzt darüber hinaus schon aus der vertraglichen Leistungspflicht zur Heilbehandlung mit dem Ziel, die Gesundheit des Patienten zu fördern, von deren Vorliegen der Arzt zum Zeitpunkt der Behandlung ja noch ausgeht. Der Fremdgeschäftsführungswille ist nicht schon deshalb zu verneinen, weil der Geschäftsführer von einer eigenen vertraglichen Pflicht zur Handlung ausgeht.<sup>1096</sup> Es reicht aus, wenn der Geschäfts-

---

<sup>1093</sup> Vgl. Köbl, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, S. 59 ff.

<sup>1094</sup> Auch Lorenz, NJW 1996, S. 883 (886) will die Problematik auf Konkurrenzebene angehen; vgl. ferner Schubert, AcP 178, S. 425 (455).

<sup>1095</sup> Siehe hierzu schon den Hippokratischen Eid, abgedruckt unter Laufs/Katzenmeier/Lipp, S. 1. Vgl. auch Laufs, MedR 1995, S. 11.; vgl. ferner Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, S. 62: „Die kritische Reaktion auf die Altruismusthese schießt dort über das Ziel hinaus, wo sie etwa bei Ärzten und Anwälten den Willen zu helfen als Triebfeder des täglichen Handelns völlig negieren will“; sowie Laufs/Lipp/Katzenmeier/Lipp, Kapitel I Rn. 14, 17 und 18. Insofern entspricht die ärztliche Heilbehandlung am ehesten der sog. Theorie der Menschenhilfe, die häufig als Grundgedanke der GoA herangezogen wird. Vgl. hierzu beispielsweise Wollschläger, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 24 ff.; sowie Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 18 ff.

<sup>1096</sup> So schon im römischen Recht: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/Ulpian, Digesten 3,5 Nr. 10 (S. 311). Daran anknüpfend: BGHZ 37, 258 (263); 98, 235 (240); 101, 393 (399); BGHZ 143, 9 (15 f.); BGH, NJW-RR 1993, 200 unter II. 3. a); Enneccerus/Kipp/Wolff/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, S. 655; NK-BGB/Schwab Rn. 47; Wolf, FS Mühl (1981), S. 706; Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 23, wonach es auf die Motivation des Geschäftsführers gerade nicht ankomme; Staudinger/Bergmann (2015), Vorbem. zu § 677 Rn. 179 u. 334; siehe auch Weisaupt, NJW 2000, 1002 f., der den Tatbestand als erfüllt betrachtet, aber die

führer nur nebenbei im Interesse eines anderen tätig wird, wenngleich eigene Belange im Vordergrund stehen.<sup>1097</sup> In solchen Fällen liegt parallel zum objektiven Teil der Fremdgeschäftsführung ein subjektiv auch-fremdes Geschäft vor.<sup>1098</sup>

cc. Konkurrenz zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht Tatbestandlich wäre das Regelungssystem der §§ 677 ff. BGB damit eröffnet. Allerdings sind die weitreichenden Auswirkungen ihrer Anwendbarkeit in Fällen zu beachten, in denen die Geschäftsbesorgung wie im Falle des *ex tunc* nicht approbierten Arztes in der Erfüllung eines nichtigen Vertrages bestand. Eigentlich kann in solchen Fällen die Rückabwicklung über das Bereicherungsrecht vorgenommen werden, weil mit der Nichtigkeit des Vertrages der Rechtsgrund für die Leistung entfallen ist. Bejaht man aber das Vorliegen einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag, stellt diese ihrerseits einen Rechtsgrund für das Behaltendürfen des Erlangten dar und der Weg über das Bereicherungsrecht wäre versperrt.<sup>1099</sup> Daher ist das Konkurrenzverhältnis der beiden Regelungsbereiche zu klären.

Keine Antwort liefert dabei der Blick auf die Genese der Vorschrift. § 235 Abs. 1 des Vorentwurfs zum BGB hielt zwar in Fortsetzung des römisch-rechtlichen Ansatzes<sup>1100</sup> einen Lösungsweg über die GoA bereit,<sup>1101</sup> wurde letzt-

---

Anwendbarkeit der GoA über eine teleologische Reduktion verneint; ebenso *Hader*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 279.; a.A. OLG Saarbrücken NJW 1998, 828 (829); OLG Koblenz NJW 1999, 2904 (2905); *Lorenz*, NJW 1996, 883 (885); *Gursky*, AcP 185, 13 (31 ff.); *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 163; *Neuffer*, Der pflichtengebundene Geschäftsführer, S. 67 (Fremdgeschäftsführungswille und Wille zur Erfüllung eigener Verpflichtung können nicht nebeneinander stehen); *Schwark*, JuS 1984, 321 (326); *Einsle*, JuS 1998, 401, (403 f.); *Falk*, JuS 2003, 833, (834); *Schildt*, JuS 1995, 953 (957); *Martinek/Theobald*, JuS 1997, 992; *Fikentscher/Heinemann*, § 87 Rn. 1265 (Fremdgeschäftsführungswille reine Fiktion); *Looschelders*, SchuldR BT Rn.853; *Staudinger/Wittmann* (12. Auflage), Vorbem. §§ 677 Rn 21; *Soergel/Beuthien*, § 677 Rn. 23; *jurisPK BGB/Gregor*, § 677 Rn. 32; vgl. auch OLG Koblenz NJW 1992, 2367 (2368), wonach der Fremdgeschäftswille äußerlich erkennbar sein muss; nicht entschieden bei *Giesen*, Jura 1996, 225, (230 f.).

<sup>1097</sup> BGHZ 40, 28 (30); *Henssler*, JuS 1991, S. 924; a.A. *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 245 ff., der bei überwiegendem Eigeninteresse des Geschäftsführers den Fremdgeschäftsführungswillen verneint.

<sup>1098</sup> MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 48; RGRK/*Steffen*, Vor § 677 Rn. 38.

<sup>1099</sup> *Bergmann*, Die GoA als Subordinationsverhältnis, S. 210; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 68; *Thole*, NJW 2010, 1243 (1245); *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 709; *Melullis*, Das Verhältnis zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, S. 93, 177; *Rödter*, JuS 1983, 930 (933); *Henssler*, JuS 1991, 924 (927); *Schildt*, JuS 1995, 953 (957); *Wandt*, Gesetzl. Schuldverhältnisse § 7 Rn. 6; *Koppensteiner-Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 210; *Fikentscher/Heinemann*, § 87 Rn. 1270; *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 125; *Staudinger/Bergmann* (2015), § 677 Rn. 242; *Staudinger/Lorenz* (2007), Vorbem. §§ 812 ff. Rn. 45; MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 98; BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 124; NK-BGB/*Schwab* Rn. 83; RGRK/*Steffen* Vor § 677 Rn. 82; *Soergel/Beuthien*, Vor § 677 Rn. 10; *Palandt/Sprau*, Vor § 677 Rn. 10; *PWW/Fehrenbacher*, § 677 Rn. 22.

<sup>1100</sup> Näher hierzu *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 403 mwN.

lich aber gerade nicht kodifiziert. Vielmehr sollte die Beantwortung der Frage der Rechtswissenschaft überlassen werden, wenn auch die Annahme einer *negotiorum gestio* nahegelegt wurde.<sup>1102</sup>

An dieser von den Verfassern des Bürgerlichen Gesetzbuches übertragenen Aufgabe ist zumindest die Rechtsprechung – so deutlich muss man es ausdrücken – krachend gescheitert. Der Bundesgerichtshof lässt hinsichtlich dieser Frage jede klare Linie vermissen, teilweise sind die Entscheidungen in sich widersprüchlich. Zum Teil verneint er die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechtes, da die Geschäftsführung ohne Auftrag einen Rechtsgrund darstelle.<sup>1103</sup> In anderen Fällen hält er die Rechtsinstitute offenbar grundsätzlich für nebeneinander anwendbar.<sup>1104</sup> So wird in einigen Fällen der Tatbestand der §§ 677, 683 S. 1 BGB bejaht, nichtsdestotrotz aber kein Aufwendungsersatz gewährt, weil der Geschäftsführer die gesetzeswidrigen Aufwendungen nicht für erforderlich im Sinne des § 670 BGB halten durfte. Darüber hinaus käme ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB eigentlich nicht in Betracht, weil die berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag einen Rechtsgrund darstellt.<sup>1105</sup> Trotzdem lässt die Rechtsprechung bereicherungsrechtliche Ansprüche zu und greift letztlich nur mit § 817 S. 2 BGB – teilweise<sup>1106</sup> – korrigierend ein.<sup>1107</sup> Stellenweise werden im Falle eines nichtigen Vertrages aber auch ausschließlich die §§ 677 ff. BGB angewendet, ohne bereicherungsrechtliche Ansprüche überhaupt in Betracht zu ziehen.<sup>1108</sup> In anderen Entscheidungen recurriert der BGH wiederum nur auf Bereicherungsrecht, ohne die GoA zu erwähnen.<sup>1109</sup>

Es war also an der Wissenschaft, dem Konkurrenzverhältnis zwischen den §§ 677 ff. BGB und den §§ 812 ff. BGB im Falle eines nichtigen Vertrages klare Konturen zu verleihen. Entscheidendes Argument ist dabei für viele Autoren, dass

---

<sup>1101</sup> Schubert/*von Kübel*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse II, S. 929 und S. 957.

<sup>1102</sup> Mugdan II, S. 484.

<sup>1103</sup> BGH, NJW 2012, 523 (526) Rn. 41; NJW 1993, 3196 unter II 1. a); NJW 1969, 1205 (1207) unter 4. b).

<sup>1104</sup> BGHZ 37, 258 (264), wonach trotz Vorliegens einer GoA ein bereicherungsrechtlicher Anspruch in Betracht komme; ebenso BGHZ 111, 308 (311); 118, 142 (150); 201, 1 (3); BGH, NJW 2012, 3366 (Bereicherungsanspruch scheidet am Grundsatz des Vorrangs der Leistungsbeziehung, nicht wegen Vorliegen eines Rechtsgrundes); BGH, NJW 2014, 1805; dagegen wird die GoA in BGHZ 206, 69 nicht angesprochen, die grundsätzliche Anwendbarkeit des Bereicherungsrechtes aber bejaht.

<sup>1105</sup> *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 257.

<sup>1106</sup> In BGHZ 111, 308 (311 f.) wurde die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB aus Billigkeitsgründen noch verneint, da die Leistung dem Besteller ansonsten unentgeltlich zu Gute gekommen wäre. Nach neuerer Rechtsprechung wird der Ausschlussgrund aber nunmehr aus Gründen der Generalprävention angewendet, siehe BGHZ 201, 1 (8) Rn. 24.

<sup>1107</sup> BGHZ 37, 258 (264); 118, 142 (150); 201, 1 (3); 206, 69 (72) Rn. 14 (wobei die GoA allerdings nicht mehr erwähnt wird).

<sup>1108</sup> BGH, NJW 2015, 1020; NJW-RR 1993, 200 unter II. 3. a).

<sup>1109</sup> BGH, NJW 1995, 727.

die Rückabwicklung nichtiger Verträge nach den grundsätzlichen Wertungen des Bürgerlichen Gesetzbuches Aufgabe des Bereicherungsrechtes ist.<sup>1110</sup> Durch die Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag komme es zu einer Umgehung des ausdifferenzierten Kondiktionsregimes.<sup>1111</sup> Für die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag wird dagegen ins Feld geführt, dass derjenige, der einen nichtigen Vertrag geschlossen hat, nicht schlechter stehen dürfe als derjenige, der überhaupt keinen Vertrag geschlossen hat.<sup>1112</sup>

### (1) Wertung des § 817 S. 2 BGB

Zunächst ist zu beachten, dass die Regelungen der Geschäftsführung ohne Auftrag keine mit § 817 S. 2 BGB vergleichbare Vorschrift enthalten. Somit könnte die hinter dieser Norm stehende Wertung der Generalprävention mit Anwendung der § 677 ff. BGB unterlaufen werden.<sup>1113</sup>

In der Literatur wird daher teilweise versucht, den Grundgedanken des § 817 S. 2 BGB in das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu transportieren. So geht *Wolf* im Wege einer Gesamtanalogie<sup>1114</sup> von einem allgemeinen Grundsatz aus, nach dem gesetzliche Regelungen nicht umgangen werden dürfen, sodass die Vorschrift auch im Rahmen der *negotiorum gestio* beachtet werden müsse.<sup>1115</sup> Andere wenden die §§ 134, 138 BGB bzw. § 817 S. 2 BGB analog an.<sup>1116</sup>

Nun könnte man die analoge Anwendung im Rahmen der §§ 677 ff. BGB mit dem Argument in Frage stellen, dass es an der erforderlichen planwidrigen Rege-

<sup>1110</sup> *Wagner*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, S. 249; *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, S. 361 f.; *Melullis*, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht, S. 143; *Hader*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 233; *Neuffer*, Der pflichtengebundene Geschäftsführer, S. 68 ff.; *Deppenkemper*, Negotiorum gestio Teil 1, S. 313; *Schapiro*, ZfR 2011, S. 639 (643); *Picker*, JURA 2012, S. 560 (564); *Peter*, JA 2014, S. 333 (335); *Mäsch*, JuS 2014, S. 1123 (1124) als Anmerkung zu BGH, NJW 2014, 1805; *Lorenz*, JuS 2016, S. 12 (13); *Lorenz*, NJW 1996, S. 883 (884); *Staudinger/Lorenz* (2007), Vorbem. §§ 812 ff. Rn. 45; siehe auch *Schwarke*, JuS 1984, S. 321 (326) (überdies Argument, eigentlich auf den mangelnden Fremdgeschäftsführungswillen abstellend); ebenso bei *Einsele*, JuS 1998, S. 401 (404).

<sup>1111</sup> A.A. *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 708.

<sup>1112</sup> *Voit/Geneweke*, JuS 1997, S. 531 (533), die sich im Ergebnis aber gegen die Anwendung der GoA aussprechen.

<sup>1113</sup> So *Dietrich*, JuS 2009, S. 343 (348); *Hey*, JuS 2009, S. 400 (403); *Fikentscher/Heinemann*, § 87 Rn. 1266; *MüKo BGB/Schäfer*, § 677 Rn. 101; *Soergel/Beuthien*, § 677 Rn. 23; *Beuthien/Weber*, SchuldR II, S. 155.

<sup>1114</sup> Siehe zur Unterscheidung zwischen Einzel- und Gesamtanalogie *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § 4 Rn. 80.

<sup>1115</sup> *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 709.

<sup>1116</sup> So *Gursky* AcP 185, S. 13 (32); *MüKo BGB/Schwab*, § 817 Rn. 16; prinzipiell auch *NK-BGB/Schwab*, § 677 Rn. 49, der allerdings im Ergebnis dann doch den §§ 812 ff. BGB schon auf Tatbestandsebene den Vorrang gewährt; wohl auch *RGRK/Steffen*, Vorbem. zu § 677 Nr. 58; siehe auch *Raiser*, JZ 1951, S. 718, wo ein Analogieschluss auf Vindikations- und Deliktsansprüche bejaht wird; grundsätzlich für eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB: *Soergel/Siebert*, § 817 Rn. 24.

lungslücke fehle.<sup>1117</sup> Das Gesetz stelle mit dem Bereicherungsrecht ja gerade ein Rückabwicklungsregime zur Verfügung, in dem § 817 S. 2 BGB direkt anwendbar ist. Jedoch liegt diesem Gedanken letztlich ein Zirkelschluss zugrunde, die Anwendbarkeit der §§ 812 ff. BGB ist ja gerade Gegenstand der Ausgangsfrage. Hält man die (berechtigte) GoA für einschlägig, ist § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB tatbestandlich nicht anwendbar.

Sodann ist zu fragen, ob bei der Anwendung der §§ 677 ff. BGB eine vergleichbare Interessenlage mit derjenigen vorliegen kann, die bei Anwendung des § 817 S. 2 BGB im Rahmen des Bereicherungsrechts besteht. Dazu müsste die Vorschrift einen Rechtsgrundsatz verkörpern, der auch außerhalb des Bereicherungsrechts Geltung beansprucht.

Teilweise wird vertreten, bei § 817 S. 2 BGB handele es sich um eine Ausnahmenvorschrift, aus der kein allgemeiner Rechtsgrundsatz abgeleitet werden könne.<sup>1118</sup> Dafür spreche der Sanktionscharakter der Norm, die ursprünglich als zivilrechtliche Strafvorschrift verstanden wurde.<sup>1119</sup> Dies sei für das Bereicherungsrecht zu rechtfertigen, da es als Billigkeitsrecht im hohen Maße vom Grundsatz von Treu und Glauben abhängig ist. Grundsätzlich seien Sanktionen aber keine Mittel zivilrechtlicher Rechtsgestaltung. Eine Anwendung der Vorschrift im Rahmen der §§ 677 ff. BGB sei daher abzulehnen.<sup>1120</sup>

Inzwischen wird der Strafcharakter des § 817 S. 2 BGB allerdings zurecht mit dem Argument bestritten, dass im Falle eines beidseitigen Verstoßes die Strafe des einen Vertragsteils zum Vorteil des anderen wird, obwohl dieser ebenfalls gegen das Verbotsgesetz verstoßen hat.<sup>1121</sup> Gerade in dem vom Ausgleichsgedanken geprägten Bereicherungsrecht wäre eine Strafvorschrift ein Fremdkörper.<sup>1122</sup>

Daneben konfligiert eine solche Einordnung auch mit dem Schuldprinzip. Unabhängig von der Schwere des Verstoßes kann die „Strafe“ je nach Geschäft nur

---

<sup>1117</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie siehe schon in Fn. 1055.

<sup>1118</sup> BGHZ 39, 87 (91); BGHZ 41, 341 (348 f.) explizit nur gegen Anwendbarkeit iRd §§ 994 ff. BGB; 44, 1 (6 f.); BGH, JZ 1951, 716 (717); BGH, NJW 1951, 643 explizit nur für Ansprüche aus EBV und Deliktsrecht; NJW 1992, 310 (311); für eine enge Auslegung dieser Ausnahmenvorschrift auch BGHZ 35, 103 (109); vgl. ferner *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § 4 Rn. 80; *Canaris*, JZ 1985, 475 (482); *Hader*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 210; a.A.: LG Göttingen, 20.4.1948 – 1 S 92/48 = Niedersächsische Rechtspflege 1948, 130 f.; LG Göttingen, 1.2.1951 – 1 S. 215/50 = Niedersächsische Rechtspflege 1951, 86 f.

<sup>1119</sup> Vgl. *Mugdan* II, S. 474 und daran anknüpfend: RGZ 95, 347 (349); 99, 161 (167); 105, 270 (271); 161, 52 (58); BGHZ 39, 87 (91); 63, 365 (369).

<sup>1120</sup> BGHZ 39, 87 (91); ebenso gegen die Anwendbarkeit bei Ansprüchen aus Vindikation oder Delikt: BGH, JZ 1951, 716 (718).

<sup>1121</sup> *Canaris*, FS Steindorff (1990), S. 523; *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 59; *Danner*, JZ 1980, S. 495 (499); *Medicus/Petersen*, Rn. 697; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 162.

<sup>1122</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 58.

einen kleinen Betrag umfassen, genauso gut aber auch astronomische Höhen, wenn es um besonders hohe Austauschwerte geht.<sup>1123</sup>

Außerdem hängt die Bestrafung einer Partei allein davon ab, wer in Vorleistung getreten ist, nicht aber von der persönlichen Vorwerfbarkeit.<sup>1124</sup>

Schließlich ist auch die historische Auslegung anhand der Motive des BGB nicht zwingend, vielmehr gilt, „*dass ein Gesetz manchmal klüger ist als seine Verfasser*“.<sup>1125</sup>

Nach neuerer Auffassung entspringt § 817 S. 2 BGB dem Gedanken, dass die Vornahme verbotener oder sittenwidriger Rechtsgeschäfte auf eigene Gefahr erfolgt. Akteure, die sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung bewegen, sollen auch die Mittel staatlichen Rechtsschutzes verlieren.<sup>1126</sup>

Manche Vertreter der Literatur machen an diesem Punkt nicht halt, sondern forschen nach dem hinter der Rechtsschutzverweigerung liegenden Zweck. Dieser liege in der Prävention, der Rechtsschutzverlust habe abschreckende Wirkung, um künftige Verbotsverstöße zu verhindern.<sup>1127</sup> Dem ist zuzustimmen. Die mit dem Ausschluss des Rückforderungsanspruchs einhergehenden Härten verschärfen die negativen Folgen eines Verbotsverstößes und tragen damit zur abschreckenden Wirkung des Verbotsgesetzes bei. Das gilt insbesondere dort, wo Geldbußen bereits in das verbotswidrige Rechtsgeschäft eingepreist werden.<sup>1128</sup> Auch der Rechtsprechung ist der präventive Charakter des § 817 S. 2 BGB nicht verborgen ge-

<sup>1123</sup> *Canaris*, FS Steindorff (1990), S. 523; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 162; MüKo BGB/*Schwab*, § 817 Rn. 10.

<sup>1124</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 59.

<sup>1125</sup> *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 59; a.A. wohl: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn. 870.

<sup>1126</sup> RGZ 151, 70 (72); BGHZ 9, 333 (336); 28, 164 (169); 35 103 (107); 36, 395 (399 f.); 44 1 (6); BGH, NJW-RR 1993, 1457 (1459); BGH, NJW 1994, 187; NJW 2005, 1490; BAG, BB 2005, 782 (784); *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S. 88; *Hammes*, JR 1950, S. 11 (12); *Raiser*, JZ 1951, S. 716 (719); *Danner*, JZ 1980, S. 495 (499); *Falk*, JuS 2003, S. 833 (834); *Medicus/Petersen*, Rn. 697; *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 63; *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 69; *Flume*, BGB AT II, S. 389 f. („*nemo turpitudinem suam allegans auditur*“); unter anderem führt auch *Niederländer*, FS Gutzwiller, S. 622 f. den Gedanken an; sehr weitgehend ist die Ansicht von *Krickmann*, ArchivBürgR 40, 41 (44); siehe auch *Prölss*, ZHR 1969, 35 (37 und 44), wonach nur „*der dem Recht treue, Rechtstreue fordern kann*“; kritisch: *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 9 („*primitiver Standpunkt*“); siehe schließlich auch: *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 63 f., der auf die sog. Gleichgewichtsidee abstellt. Danach entsteht aufgrund des beiderseitigen Verbotsverstößes eine Pattsituation, der Leistende hat genauso wenig ein Recht auf Rückgabe der Leistung, wie der Empfänger zum behalten. Das durch den Kondiktionsausschluss letztlich der Empfänger privilegiert wird, liege am faktischen Vorteil, den der Besitz in allen streitigen Rechtsverhältnissen beinhaltet. Kritisch dazu: *Canaris*, FS Steindorf (1990), S. 522 f.; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2 S. 162.

<sup>1127</sup> *Canaris*, FS Steindorff (1990), S. 523; ebenso *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 162; *Staudinger/Lorenz* (2007), § 817 Rn. 5, *Soergel/Hadding*, § 817 Rn. 10. Der Präventionsgedanke findet auch Erwähnung bei *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 206; daneben führt MüKo BGB/*Schwab*, § 817 Rn. 10 noch den Gedanken des Schutzes der Gerichtsbarkeit vor missbräuchlicher Inanspruchnahme an.

<sup>1128</sup> *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2 S. 163.



blieben. Der Ausschluss des Rückforderungsanspruchs ist insbesondere Teil des Maßnahmenpaketes, das der Bundesgerichtshof zu Eindämmung der Schwarzarbeit schnürt. Denn anders als vermutet,<sup>1129</sup> reichten die Konsequenzen in Gestalt des Ausschlusses vertraglicher Ansprüche und der Gefahr der Strafverfolgung und Steuernachzahlung nicht aus, um die Schwarzarbeit zu reduzieren.

*„Von der strikten Anwendung des § 817 Satz 2 BGB kann daher nach Treu und Glauben nicht mit dem Argument abgesehen werden, dass die vom Gesetzgeber angestrebte generalpräventive Wirkung auch erreicht werde, wenn dem Schwarzarbeiter ein – wenn auch gegebenenfalls geminderter – bereicherungsrechtlicher Anspruch auf Wertersatz eingeräumt werde.“*<sup>1130</sup>

Die hinter § 817 S. 2 BGB stehende Wertung liegt folglich im Gedanken der Generalprävention. Dieser ist aber nicht auf das Bereicherungsrecht begrenzt, sodass die Wertung § 817 S. 2 BGB auch außerhalb der §§ 812 ff BGB zu beachten ist.<sup>1131</sup> So wird die Anwendbarkeit der Vorschrift auch im Rahmen von Vindikationsansprüchen vertreten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Beispielsweise könnte jemand, der einem Verbotsgesetz zuwider handelt, einen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB haben, wenn sich die Nichtigkeit ausnahmsweise auch auf das dingliche Rechtsgeschäft erstreckt. Ist nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft nichtig, würde der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB an § 817 S. 2 BGB scheitern. Der schwerwiegendere Verstoß würde also nicht sanktioniert. Diese Unbilligkeit soll mit der analogen Anwendung des § 817 S. 2 BGB auf den Anspruch aus § 985 BGB behoben werden.<sup>1132</sup>

Da auch im Rahmen eines Anspruchs aus §§ 677 ff. BGB im Falle eines nichtigen Vertrages das Bedürfnis bestehen kann, einen Anspruch aus präventiven Gesichtspunkten zu versagen, ist eine ähnliche Interessenlage wie im Falle der direkten Anwendung des § 817 S. 2 BGB möglich, sodass die Voraussetzungen einer Analogie grundsätzlich vorliegen.

Letztlich kommt es auf die Perspektive an. Hält man die Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigen Verträgen für anwendbar, muss man zur Vermeidung von Unbilligkeiten auch auf § 817 S. 2 BGB analog zurückgreifen. Nicht erforderlich ist der Rückgriff, wenn man im Falle nichtiger Verträge die §§ 677 ff. BGB gar nicht erst anwendet, sondern den direkten Weg über das Bereicherungsrecht geht, wo § 817 S. 2 BGB unproblematisch berücksichtigt werden kann.<sup>1133</sup>

<sup>1129</sup> BGHZ 111, 308 (313).

<sup>1130</sup> So BGHZ 201, 1 (8); siehe auch BGHZ 206, 69 (73).

<sup>1131</sup> *Raiser*, JZ 1951, S. 716 (719); *Jerger*, NZBau 2014, S. 415 (419).

<sup>1132</sup> *Staudinger/Lorenz* (2007), § 817 Rn. 14, der § 817 S. 2 BGB zumindest innerhalb eines solchen Vindikationsanspruchs anwenden will; *Medicus/Petersen*, Rn. 697; nach *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 57 ist eine Anwendung iRd §§ 985 ff. BGB weder wünschenswert noch notwendig.

<sup>1133</sup> Auch an dieser Stelle ist vor dem Zirkelschluss zu warnen, wonach eine analoge Anwendung des § 817 S. 2 BGB iRd §§ 677 ff. BGB mangels planwidriger Regelungslücke ausscheidet. Eine solche

## (2) Wertung des § 814 Alt. 1 BGB

Darüber hinaus ist es auch immer wieder die Wertung des § 814 Alt. 1 BGB, die als Argument gegen eine Anwendung der §§ 677 ff. BGB ins Feld geführt wird.<sup>1134</sup> Ähnlich wie bei § 817 S. 2 BGB kann man nur dann von einer Umgehung der Vorschrift sprechen, wenn ihre Wertung nicht auch im Rahmen der §§ 677 ff. BGB Beachtung finden kann. Und wie bei § 817 S. 2 BGB gilt auch hier, dass die Norm Ausdruck eines allgemeinen Prinzips ist, das auch für die *negotiorum gestio* Geltung beansprucht. Die Vorschrift stellt eine Ausprägung des Gedankens *venire contra factum proprium* dar, der über § 242 BGB ohne weiteres auch auf die Regelungen der GoA anwendbar ist.<sup>1135</sup> Eine Umgehung der Vorschrift über die §§ 677 ff. BGB kann also mit einer analogen Anwendung verhindert werden.

## (3) Minderjährigenschutz

Auch könnte das Entstehen vertragsähnlicher Pflichten dem Minderjährigenschutz zuwiderlaufen.<sup>1136</sup> Zwar ist der minderjährige Geschäftsführer über § 682 BGB ebenso geschützt wie nach den §§ 104 ff. BGB. Er haftet jeweils nur nach Delikts- und Bereicherungsrecht.<sup>1137</sup> Für den Fall, dass der Geschäftsherr minderjährig ist, fehlt es in den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag aber an einer Regelung. Folglich könnte der Geschäftsführer einen Aufwendungsersatzanspruch gegen den minderjährigen Geschäftsherrn geltend machen, was einer vertraglichen Verpflichtung zur Entgeltzahlung nahekommt.<sup>1138</sup> Diese soll durch die Nichtigkeit des Vertrages nach den §§ 107 ff. BGB aber gerade vermieden werden.

Allerdings erfordert die *actio contraria* eine Geschäftsführung, die mit dem tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn übereinstimmt, § 683 S. 1 BGB. Fehlt es an einer solchen Übereinstimmung, verweist § 684 BGB ohnehin auf das Bereicherungsrecht. Daher erscheint es zunächst naheliegend, im Rahmen des § 683 S. 1 BGB nicht auf den Willen des minderjährigen Geschäfts-

---

lässt sich nämlich nur dann begründen, wenn der Gesetzgeber die GoA auch für die Rückabwicklung nichtiger Verträge anwenden wollte. Dies ist aber gerade Gegenstand der Ausgangsfrage.

<sup>1134</sup> MüKo BGB/Schäfer, § 677 Rn. 101.

<sup>1135</sup> Wolf, FS Mühl (1981), S. 708. Daneben rechtfertige die Geschäftsbesorgung in Kenntnis der fehlenden Verpflichtung auch die Anwendung des § 685 BGB; ebenso Wollschläger, Geschäftsbesorgung ohne Auftrag, S. 209; a.A.: Hader, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 217, wonach eine Übertragung des Gedankens auf die §§ 677 ff. BGB dem BGH bisher fremd sei.

<sup>1136</sup> Flatow, WuM 2009, 208 (213); Lorenz, NJW 1996, 883 (885); Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des SchuldR III, S. 335 (393); Schubert, AcP 178, 425 (452).

<sup>1137</sup> Wolf, FS Mühl (1981), S. 708.

<sup>1138</sup> Mehllis, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht, S. 150 f.; Schubert, AcP 178, 425 (452); Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393); Schröder/Bär, JURA 1996, S. 451.

herrn, sondern auf den seines gesetzlichen Vertreters abzustellen.<sup>1139</sup> Damit wäre eine Wertungseinheit zwischen der Geschäftsführung ohne Auftrag und Vertragsrecht hergestellt. Dogmatisch ließe sich dies durch eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB konstruieren.<sup>1140</sup>

Allerdings fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke. Die Problematik des Minderjährigenschutzes ist offensichtlich innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens thematisiert worden, denn der Fall des minderjährigen Geschäftsführers ist ja in § 682 BGB geregelt. Daher ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Haftung des minderjährigen Geschäftsherrn einfach übersehen hat. Es mangelt somit schon an den Voraussetzungen einer Analogie.

Darüber hinaus ist zu beachten, dass nach § 683 S. 1 BGB schon der mutmaßliche Wille des gesetzlichen Vertreters ausreichen würde, um eine quasivertragliche Bindung des Minderjährigen herzustellen. Demgegenüber verlangt § 107 BGB immer die ausdrückliche Zustimmung. Wird nur auf den mutmaßlichen Willen des Vertreters abgestellt, könnte eine quasivertragliche Bindung auch in einem Fall entstehen, in dem diese dem tatsächlichen Willen des gesetzlichen Vertreters und damit dem Minderjährigenschutz zuwiderläuft. Ist der Minderjährige beispielsweise von einer Wespe gestochen worden und daraufhin aufgrund einer allergischen Reaktion bewusstlos, würde der mutmaßliche Wille des Vertreters aus Sicht des eintreffenden Notarztes dazu führen, Kortison gegen die allergische Reaktion zu verabreichen. Es läge ein Fall der berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vor. Hat der Minderjährige aber eine Allergie gegen das verabreichte Präparat entwickelt, von der der gesetzliche Vertreter weiß, entspricht die Verwendung dieses Präparats nicht dem tatsächlichen Willen des Vertreters. Wäre der Vertreter vor Ort, würde er einer Verwendung des Präparates nicht zustimmen und es käme kein Vertrag über dessen Verabreichung mit dem Minderjährigen zustande. Im Fall der Geschäftsführung ohne Auftrag bestünde dagegen ein Aufwendungsersatzanspruch gegen den Minderjährigen. Von einer vollständigen Wertungseinheit kann daher auch dann nicht die Rede sein, wenn man eine analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB im Rahmen der Berechtigung befürwortet.<sup>1141</sup> Vielmehr sind auch Fälle denkbar, in denen der Minderjährige aus der Geschäftsführung ohne Auftrag verpflichtet würde, ein Vertrag aber nicht zustande käme. Eine Anwendung der §§ 677 ff. BGB kann unter Umständen dazu führen, dass die Wertungen des Minderjährigenschutzes unterlaufen werden.

---

<sup>1139</sup> *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 708; *Soergel/Beuthien*, § 682 Rn. 4; *MüKo BGB/Schäfer*, § 682 Rn. 4; vgl. für die Zurechnung der Kenntnis iRd § 819 I BGB: BGHZ 55, 128 (136 f.) – Flugreisefall; siehe dazu die Anmerkung von *Medicus*, FamRZ 1971, 250, (252); *Brox/Walker*, SchuldR BT § 35 Rn. 38; *Soergel/Beuthien*, § 682 Rn. 4; *BeckOK BGB/Gebrlein*, § 682 Rn. 2; *BeckOGK BGB/Thole*, § 682 Rn. 7; *Erman/Dornis*, § 682 Rn. 2; *Palandt/Sprau*, § 682 Rn. 3.

<sup>1140</sup> *Wolf*, FS Mühl (1981), S. 708; *MüKo BGB/Schäfer*, § 682 Rn. 4.

<sup>1141</sup> *Mehllis*, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht, S. 151.

## (4) Risikoverteilung

Auch die bereicherungsrechtliche Risikoverteilung erfordert Beachtung. Grundgedanke der §§ 812 ff. BGB ist die Abschöpfung eines ungerechtfertigten Vermögenszuwachses beim Bereicherungsschuldner.<sup>1142</sup> Es kann nur dort kondiziert werden, wo das Vermögen tatsächlich eine Mehrung erfahren hat. Im Rahmen der Entreicherung stellt sich daher die Frage, ob die Leistung noch im Vermögen des Bereicherungsschuldners vorhanden ist, oder ob für ihn durch die Leistung letztlich kein Mehrwert entstanden ist. Der Leistende trägt demnach das Risiko der Nützlichkeit seiner Aufwendungen.<sup>1143</sup>

Demgegenüber kennt das Gesetz im Rahmen des Aufwendungsersatzanspruchs nach den §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB keinen Einwand der Entreicherung. Dem Leistenden sind seine Aufwendungen vollumfänglich zu ersetzen, sofern er sie nur für erforderlich halten durfte, § 670 BGB. Das gilt auch dann, wenn die Aufwendungen sich nicht im Vermögen des Geschäftsherrn niederschlagen, sodass dieser das Erfolgsrisiko der Leistung des Geschäftsführers trägt.<sup>1144</sup>

Dem wird ein faktischer Gleichlauf der Ansprüche aus den §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB und § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB entgegengehalten:<sup>1145</sup> Liege ein Aufwendungsersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag vor, seien auch die Voraussetzungen des bereicherungsrechtlichen Herausgabeanspruchs erfüllt. Insbesondere liege in aller Regel keine Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB vor, weil der Bereicherungsgläubiger Aufwendungen erspart habe. Denn wenn die Geschäftsbesorgung dem Willen des Geschäftsherrn im Sinne des § 683 S. 1 BGB entspreche, hätte er sie auch selbst vorgenommen. Beispielhaft sei der Fall genannt, in dem der Nachbar eine dringende Reparatur des Hausdaches vornimmt, das Haus aber kurz danach abbrennt.<sup>1146</sup> Nach den §§ 677 ff. BGB besteht in diesem Fall ein Aufwendungsersatzanspruch, weil die Reparatur dem tatsächlichen

<sup>1142</sup> Gedanke der Abschöpfungshaftung, siehe *Lorenz*, NJW 1996, S. 883 (884); *Esser/Weyers* SchuldR BT II, S. 34; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 256 f.; NK-BGB/v. *Sachsen Gessaphe* Vor §§ 812 ff. Rn. 6; *Staudinger/Lorenz* (2007), § 812 Rn 24; vgl. auch *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 86; a.A.: (Gedanke der Restitutionshaftung): *Kaehler*, Bereicherung und Vindikation, S. 15 f., 128 ff.; darauf gestützt: *Costede*, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, S. 41 ff.; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 812 Rn. 5; siehe zu dieser Thematik auch *Wendeborst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 213 ff., grundsätzlich zu allgemeinen Rechtsprinzipien aber auch das Schlusswort auf S. 631.

<sup>1143</sup> *Lorenz*, NJW 1996, S. 883 (884).

<sup>1144</sup> *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 24; *Königgen*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S. 390; *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 27 und 259; *Lorenz*, NJW 1996, S. 883 (885); *Lange*, ZGS 2009, S. 442 (447); *Flaotow*, WuM 2009, S. 208 (213); *Medicus/Petersen*, Rn. 412; in diese Richtung auch *Erman/Dornis*, § 677 Rn. 51; vgl. zur vertragsrechtlichen Risikozuordnung auch *Wendlandt*, NJW 2004, S. 985 (987); *Schulze*, JZ 2000, S. 523 (524) als Anmerkung zu BGH, 23.9.1999 – III ZR 322/98; *Fikentscher/Heinemann*, § 87 Rn. 1265.

<sup>1145</sup> *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 324; *HKK/Jansen*, §§ 677–687 Rn. 113; *Jansen*, ZEuP 2007, S. 958 (972 ff.). Vgl. auch die Zusammenfassung bei *Staudinger/Bergmann* (2015), Vor § 677 Rn. 58, nach dessen Konzeption die GoA aber im Ergebnis kondiktionsfern ist.

<sup>1146</sup> Ähnliches Beispiel in *Staudinger/Bergmann* (2015), Vor § 677 Rn. 58.

und mutmaßlichen Willen des Eigentümers entsprach. Dass der Eigentümer aus der Geschäftsbesorgung letztlich keinen Vorteil zieht, spielt keine Rolle. Daneben bestünde in diesem Fall, wenn man von dem Tatbestandsmerkmal „ohne Rechtsgrund“ absieht, auch ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch, weil der Eigentümer die Reparatur auch vorgenommen hätte und mithin Aufwendungen erspart hätte, sodass § 818 Abs. 3 BGB nicht greift.

Dieser Argumentation ist zu widersprechen. Die Erfüllung des Tatbestandes aus § 683 S. 1 BGB geht nicht in jedem Fall mit einer mangelnden Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB einher, weil die Berechtigung sich auch allein aus dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn ergeben kann. Dieser wird aber aus dem objektiven Interesse geschlossen, welches sich nicht notwendigerweise mit dem tatsächlichen Willen des Geschäftsherrn decken muss. Es kann daher dazu kommen, dass ein Anspruch aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag aufgrund des mutmaßlichen Willens des Geschäftsherrn besteht, wohingegen ein Anspruch aus §§ 812 ff. BGB an § 818 Abs. 3 BGB scheitern kann, weil der Geschäftsführer bzw. Bereicherungsgläubiger die Aufwendungen tatsächlich – entgegen seines objektiven Interesses – nicht vorgenommen hätte. Wollte der Eigentümer in dem Hausbrandfall das Haus in Kürze abreißen lassen, ohne dass er dies geäußert hat, geht der mutmaßliche Wille des Eigentümers zwar dahin, dass das Dach gedeckt werden soll, weil ihm dies einen Vorteil bringt und daher seinem objektiven Interesse entspricht. Ein Anspruch aus Bereicherungsrecht würde dagegen an § 818 Abs. 3 BGB scheitern, weil der Eigentümer nach seinem tatsächlichen Willen die Aufwendungen nicht getätigt hätte, weil er in Wahrheit das Haus abreißen wollte. Mangels ersparter Aufwendungen liegt dann keine Bereicherung vor.

Ferner erfordern ersparte Aufwendungen, dass der Geschäftsherr die Aufwendungen ohne die Handlung des Geschäftsführers auch vorgenommen hätte.<sup>1147</sup> Hat der Geschäftsherr aber geplant, das Dach erst nach dem Datum des Brandereignisses zu reparieren, hätte er nach dem Brand die Aufwendungen nicht mehr getätigt, sodass er durch die Aufwendungen des Geschäftsführers keine eigenen Aufwendungen erspart hat.

Der faktische Gleichlauf kann also aus mehreren Gründen nicht in allen Fällen bejaht werden. Das Argument ist mithin stichhaltig. Eine Anwendung der §§ 677 ff. BGB im Fall nichtiger Verträge würde die gesetzgeberische Risikoverteilung im Bereicherungsrecht unterlaufen. Der Leistungsempfänger müsste das Risiko tragen, dass die Leistungshandlung des Vertragspartners ihm keinen Vorteil bringt, ohne dass er Einfluss auf die Vornahme der Leistung hätte. Das erscheint wertungsmäßig nicht angemessen.

Freilich ist auch dieser Gesichtspunkt mit dem Argument zu entschärfen, dass die angemessene Risikoverteilung im Wege einer Analogie für die Fälle nichtiger

---

<sup>1147</sup> *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 32.

Verträge auch in das Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag übernommen wird.

(5) Widerspruch zum Schutzzweck nichtigkeitsbegründender Normen

Mit Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag wird das nichtige vertragliche Schuldverhältnis letztlich durch ein gesetzliches ersetzt. Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu den nichtigkeitsbegründenden Normen wie § 134 BGB, die eine vertragliche bzw. quasivertragliche Haftung gerade verhindern sollen.<sup>1148</sup>

Diese Kritik ist allerdings zumindest insofern abzumildern, als es nach den §§ 677 ff. BGB zwar zu Schadensersatzansprüchen und Ersatzansprüchen für getätigte Aufwendungen des Geschäftsführers kommen kann, abstrakte Leistungspflichten aber nicht – erneut – begründet würden. Das nichtige Vertragsverhältnis kommt damit zumindest nicht vollständig doch noch zur Wirkung.<sup>1149</sup> Ferner sind vertragsähnliche Schadensersatzansprüche auch über die *culpa in contrahendo* möglich und können damit auch bestehen, wenn man die Geschäftsführung ohne Auftrag ablehnt.<sup>1150</sup>

Darüber hinaus ist im Falle eines Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz der Normzweckvorbehalt des § 134 BGB zu beachten. Dieser sieht gerade keine starke Nichtigkeitsfolge vor, sondern ermöglicht auch flexiblere Rechtsfolgen.<sup>1151</sup>

Der Einwand ist in seiner Pauschalität damit abzulehnen. Er verfängt nur, wenn der Zweck der Verbotsvorschrift die vollständige Nichtigkeit des Vertrages verlangt. Nur dann darf mit Blick auf die generalpräventive Wirkung auch kein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag in Betracht kommen. Aber auch in diesem Fall ist das Argument nicht zwingend, weil man § 817 S. 2 BGB analog anwenden könnte und der Aspekt der Generalprävention damit auch im Rahmen der §§ 677 ff. BGB zu verwirklichen ist. Der mit der Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag angeblich verbundene Widerspruch zum Schutzzweck der Nichtigkeitsnorm vermag die ausschließliche Anwendbarkeit der § 812 ff. BGB daher nicht zu begründen.

---

<sup>1148</sup> Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393); Einsele, JuS 1998, S. 401 (403); Soergel/Beuthien, § 677 Rn. 23; ähnlich auch Hader, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 280, wonach der Gesetzgeber im Falle eines Verbotsgesetzes die Risikoverteilung zwingend festgelegt habe, sodass kein Raum mehr für Billigkeitserwägungen bleibe.

<sup>1149</sup> Loyal, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 289; Hader, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 71 sieht das unwirksame Vertragsverhältnis als „faktisch ersetzt“ an.

<sup>1150</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 1.

<sup>1151</sup> Siehe hierzu unter § 7 I. 2. e.

## (6) Dogmatischer Unterschied zwischen Leistung und Aufwendung

Teilweise wird auf einen dogmatischen Unterschied zwischen einem Aufwendungsersatzanspruch und der Leistungskondition hingewiesen. Folge man der bereicherungsrechtlichen Trennungslehre, könne ein Sachverhalt entweder als Leistung oder als Aufwendung qualifiziert werden, ein Nebeneinander ist aber nicht möglich.<sup>1152</sup> Genauer begründet wird dies von *Schwab*, der zwischen Vermögensopfer und Vermögenstransfer differenziert.<sup>1153</sup> Aufwendungen als freiwillige Vermögensopfer können danach nicht gleichzeitig auch als Leistung (Vermögenstransfer) klassifiziert werden. Für die Rückabwicklung von Vermögensopfern ohne Auftrag seien die § 677 ff. BGB einschlägig, für die von Vermögenstransfers das Bereicherungsrecht. Die Problematik im Rahmen nichtiger Geschäftsbesorgungsverträge, unter die auch der Behandlungsvertrag fällt, liege nun darin, dass in solchen Fällen ein Vermögensopfer notwendig ist, damit ein Vermögenstransfer stattfinden kann. Richtigerweise sei schlussendlich aber der Transfer ausschlaggebend, sodass die Vornahme der Behandlung eine Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB darstelle. Letztlich scheidet ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag danach schon auf Tatbestandsebene aus, da die Behandlung als Leistung qualifiziert wird und es damit an einer ersatzfähigen Aufwendung fehlt.

Problematisch an dieser Auffassung ist aber, dass sie gewissermaßen zu spät eingreift. Durch das Verneinen einer ersatzfähigen Aufwendung wird zwar der Anspruch nach den §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB verneint. Eine (berechtigte) GoA läge aber trotzdem vor, weil die Voraussetzungen des §§ 677, 683 S. 1 BGB bejaht werden und der Anspruch erst im Rahmen der Rechtsfolge scheidet. Damit läge aber ein Rechtsgrund für die Behandlung vor, sodass auch nicht nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondiziert werden könnte.<sup>1154</sup>

*Schwab* entgegnet dem, dass gerade keine berechtigte GoA vorliege, weil die Geschäftsführung nicht dem Willen des Patienten entspreche. Zwar gehe der tatsächliche Wille dahin, die Behandlung durchzuführen. Dieser wirkliche Wille werde aber vom Gesetz nicht akzeptiert und sei daher unbeachtlich. Denn wenn er nicht zu einer vertraglichen Bindung führe, könne aus ihm auch keine berechtigte GoA folgen. Auch den mutmaßlichen Willen verneint er mit dem Hinweis darauf, dass der Patient kein Interesse an einer Behandlung haben dürfte, die er vollständig vergüten müsste, ohne in den Genuss der Vorteile eines Behandlungsvertrages zu kommen.<sup>1155</sup> Dem ist zuzustimmen, weil ein gesetzeswidriger Wille für die Anwendbarkeit des § 683 BGB unbeachtlich ist.<sup>1156</sup> Die Argumentation ist damit stichhaltig.

---

<sup>1152</sup> MüKo BGB/*Schäfer*, § 677 Rn. 101.

<sup>1153</sup> NK-BGB/*Schwab*, § 677 Rn. 50.

<sup>1154</sup> BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 124.

<sup>1155</sup> NK-BGB/*Schwab*, § 677 Rn. 52a.

<sup>1156</sup> Erman/*Dornis*, § 683 Rn. 9; MüKo BGB/*Schäfer*, § 683 Rn. 19 mit weiteren Nachweisen.

## (7) Weitere Argumente für den Vorrang der §§ 812 ff. BGB

Außerdem gibt es noch eine Reihe weiterer Argumente, die für die Anwendung des Bereicherungsrechts vorgebracht werden, jedoch nur teilweise überzeugen: Erstens besteht im Falle einer mangelhaften Leistung ein Wertungswiderspruch zum Vertragsrecht. Erbringt beispielsweise der Werkunternehmer seine Leistung auf einen unerkannt nichtigen Vertrag von ihm unbemerkt mangelhaft, hätte der Besteller nach den §§ 812 ff. BGB nur die tatsächlich eingetretene Bereicherung herauszugeben, beziehungsweise nach § 818 Abs. 2 BGB deren Wert zu ersetzen. Nach § 670 BGB könnte der Werkunternehmer aber seine gesamten Aufwendungen ersetzt verlangen. Daran ändert auch das Merkmal der Erforderlichkeit nichts, weil zu dessen Feststellung eine *Ex ante*-Prognose aus Sicht des Geschäftsführers vorgenommen wird. Sind die Aufwendungen für den Geschäftsführer schon im Zeitpunkt ihrer Vornahme erkennbar unsachgemäß, sind sie nicht erforderlich.<sup>1157</sup> Da der Geschäftsführer sich der Mangelhaftigkeit aber bei Vornahme der Leistung nicht bewusst war, durfte er die Aufwendungen für erforderlich halten. Damit stünde er besser als im Falle eines wirksamen Vertrages, weil der Besteller dann den Entgeltanspruch wegen des Mangels zumindest mindern könnte.<sup>1158</sup>

Zweitens könnte im Falle eines Drei-Personen-Verhältnisses die sachgerechte Verteilung des Insolvenzrisikos durch den Grundsatz des Vorranges der Leistungsbeziehung wegfallen.<sup>1159</sup> Im Falle der Leistung auf einen nichtigen Vertrag im Zwei-Personen-Verhältnis greift dieses Argument allerdings nicht, weil der Geschäftsführer weiterhin das Insolvenzrisiko des Geschäftsherrn trägt, den er sich ursprünglich als Vertragspartner ausgesucht hat.<sup>1160</sup>

Drittens bedeute die Anwendbarkeit der §§ 677 ff. BGB immer auch eine Einengung der Vertragsabschlussfreiheit des Geschäftsherrn. Ihm wird letztlich unabhängig von einem konkreten Willen ein Schuldverhältnis aufgedrängt, das mit ähnlichen Verpflichtungen einhergehen kann wie bei einem rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnis.<sup>1161</sup> Allerdings geht dieses Argument im Falle nichtiger Verträge ins Leere. Es kann gerade nicht von einem aufgezwungenen Schuldverhältnis gesprochen werden, weil der Geschäftsherr ja sogar bereit war, einen rechtsgeschäftlichen Vertrag abzuschließen. Dass dieser letztlich nichtig ist, ändert nichts an der grundsätzlichen Bereitschaft zum Vertragsabschluss.

<sup>1157</sup> BeckOGK BGB/*Thole*, § 683 Rn. 34.

<sup>1158</sup> *Martinek/Theobald*, JuS 1997, S. 992 (993); *Beuthien/Weber*, SchuldR II, S. 155; ebenso *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 259.

<sup>1159</sup> *Thole*, NJW 2010, S. 1243 (1248); *Wendlandt*, NJW 2004, S. 985 (986); *Giesen*, JURA 1996, S. 225 (231); *Schubert*, AcP 178, S. 425 (437, 442); *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 14.

<sup>1160</sup> *Wendlandt*, NJW 2004, S. 985 (987).

<sup>1161</sup> *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393) unter Verweis auf *Mellullis*, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, S. 20.



Viertens sei eine Ungleichbehandlung zwischen fehlgeschlagenen Verträgen über Sachleistungen und solchen über Geschäftsbesorgungen nicht gerechtfertigt.<sup>1162</sup>

Fünftens führt die wechselhafte Rechtsprechung in diesem Bereich zu einer erheblichen Rechtsunklarheit, weil nicht erkennbar ist, nach welchen Maßstäben der Bundesgerichtshof eine Geschäftsführung ohne Auftrag annimmt und nach welchen er die Lösung über das Bereicherungsrecht sucht.<sup>1163</sup> Eine generelle Lösung über das Bereicherungsrecht würde die Entscheidungen der Rechtsprechung dagegen vorhersehbarer machen und damit zu mehr Rechtssicherheit führen. Natürlich ließe sich dieses Argument aber auch umkehren, würde eine generelle Lösung über die GoA doch ebenfalls zur Rechtssicherheit beitragen.

#### (8) Stellungnahme

Festzuhalten ist zunächst, dass es bei der Rückabwicklung von nichtigen Verträgen eine Reihe von Wertungsgesichtspunkten zu beachten gilt. Der Gedanke der Generalprävention, das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, der Minderjährigenschutz und die angemessene Risikoverteilung hinsichtlich der Nützlichkeit der Leistung sind in jedem Fall zu beachten und zwar unabhängig davon, ob man eine Lösung anhand der §§ 812 ff. BGB oder der §§ 677 ff. BGB favorisiert. Auffällig ist aber, dass das Bereicherungsrecht mit den §§ 814, 817 S. 2 und 818 Abs. 3 BGB eine Reihe von Ansatzpunkten für eine differenzierte Lösung der Wertungsproblematiken bereithält. Die Häufung der Analogien, die im Rahmen der §§ 677 BGB zur wertungsgerechten Rückabwicklung gebildet werden müssten, zeigt demgegenüber die begrenzte Eignung dieser Vorschriften zur Lösung solcher Fälle auf.<sup>1164</sup> Die häufig anzutreffende Äußerung, das Bereicherungsrecht sei auf die Rückabwicklung nichtiger Verträge zugeschnitten,<sup>1165</sup> wird durch diese Feststellung unterstützt. Die §§ 677 ff. BGB müssten dagegen zunächst „passend gemacht“ werden, damit die grundlegenden Wertungsgesichtspunkte Berücksichtigung finden.

Für die Frage der Wertungseinheit im Hinblick auf den Minderjährigenschutz ist außerdem zweifelhaft, ob diese mit einer analogen Anwendung der §§ 107 ff. BGB im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag sichergestellt werden kann. Denn es fehlt an der erforderlichen planwidrigen Regelungslücke. Aber auch, wenn man die Voraussetzungen einer Analogie bejahen sollte, kann die Anwendung der vertragsähnlichen Geschäftsführung ohne Auftrag zu Wertungswidersprüchen mit dem Minderjährigenschutz im Vertragsrecht führen, weil anders als

<sup>1162</sup> *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 27 und 263,

<sup>1163</sup> *Thole*, NJW 2010, S. 1243 (1248); *Gold*, JA 1994, S. 205 (211) spricht diesbezüglich vom größten Vorwurf an die Judikatur des BGH; siehe auch *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 260.

<sup>1164</sup> Vgl. *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393); vgl. auch *Hader*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 223.

<sup>1165</sup> *Lorenz*, NJW 1996, S. 883 (884); BeckOGK BGB/*Thole*, § 677 Rn. 129 („*Abwicklungsinstrument par excellence*“).

im Vertragsrecht schon der mutmaßliche Wille des gesetzlichen Vertreters zur Bindung des Minderjährigen führen kann.

Auch der wertungsmäßig kaum überzeugende Umstand, dass der Geschäftsführer bei Anwendung der §§ 677 ff. BGB im Falle eines Mangels bessergestellt wäre, als er es bei einem wirksamen Vertrag wäre, streitet gegen die Anwendung dieser Vorschriften.

Letztlich spricht auch der Gedanke der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit gegen eine Anwendung der *negotiorum gestio*. Zwar hat der Einwand Berechtigung, dass Rechtssicherheit auch dadurch zu erreichen sei, dass man in allen Fällen nichtiger Verträge die §§ 677 ff. BGB anwendet. Dabei würde man aber übersehen, dass die andere Auffassung die Geschäftsführung ohne Auftrag nur für Geschäftsbesorgungsverträge anwenden will, beim Austausch von Sachleistungen aber auf das Bereicherungsrecht zurückgreift.<sup>1166</sup> Mit der Anwendung der §§ 812 ff. BGB würde man also zusätzlich eine Vereinheitlichung der Rückabwicklung nichtiger Verträge insgesamt erreichen, wohingegen diese Ungleichbehandlung bei Anwendung der Regelungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag bestehen bliebe.

Es ist daher von einem Vorrang der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung auszugehen!<sup>1167</sup> Dieses Ergebnis lässt sich auch anhand des Tatbestandes des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB begründen, indem man die ausschließende Wirkung des Leistungsbegriffs im Sinne des Bereicherungsrechts gegenüber dem Merkmal der Aufwendung betont. Liegt eine zweckgerichtete Vermögensmehrung vor, kann hierin nicht zugleich auch eine Aufwendung gesehen werden. Ferner mangelt es auch an einer berechtigten Geschäftsführung, weil im Fall eines Verbotsverstößes

<sup>1166</sup> Bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen wendet der BGH ohne Diskussion der §§ 677 ff. das Bereicherungsrecht an, siehe beispielsweise BGH, NJW 2001, 1127 (1129) unter III. 1.

<sup>1167</sup> Jansen, AcP 216, S. 112 (173) *Canaris*, NJW 1985, S. 2404 (2405); Gursky, AcP 185, S. 13 (31 ff.); Schubert, AcP 178, S. 425 (452); Helm, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S. 335 (393); Lorenz, NJW 1996, S. 883 (886); Thole, NJW 2010, S. 1243 (1248); Wendlandt, NJW 2004, S. 985 (986); Wollschläger, Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 324; Hader, Die GoA als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S. 280.; Einsele, JuS 1998, S. 401 (404); Schwark, JuS 1984, S. 321 (326); Gold, JA 1994, S. 205 (208); Schildt, JuS 1995, S. 953 (957); Voit-Gewecke, JuS 1997, S. 531 (532); Martinek/Theobald, JuS 1997, S. 992 f.; Koppensteiner/Kramer, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 211; Fikentscher/Heinemann, § 87 Rn. 1265; Beuthien/Weber, SchuldR II, S. 155; Erman/Dornis, § 677 Rn. 51; NK-BGB/Schwab § 677 Rn. 50; Soergel/Beuthien, § 677 Rn. 22; ebenso die Instanzgerichte OLG Koblenz, NJW 1996, 665; NJW 1999, 2904 (2905); OLG Köln, NJW-RR 1994, 1540 (1541); offen bei LG Mainz, NJW-RR 1998, 48; vgl. auch Esser/Weyers, Schuldrecht BT II, S. 14 (für vertragliche Verpflichtung gegenüber Dritten); im Ergebnis auch Wittmann, Begriff und Funktion der Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 25 f.; a.A.: Bergmann, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S. 412, wonach das Bereicherungsrecht nur iRv. Austauschverträgen Vorrang hat. Im Falle von subordinationsrechtlichen Verträgen bestehe dagegen ein Vorrang der §§ 677 ff. BGB; Loyal, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S. 25 sieht hierin nur eine Notlösung zur Symptombekämpfung, die am eigentlichen Problem vorbeizieht. Letztlich kommt er aber zum selben Ergebnis, da er bei austauschvertraglichen Leistungen schon den Tatbestand der GoA als nicht erfüllt ansieht (S. 291).

kein tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille des Leistungsempfängers besteht, die verbotene Leistung zu erbringen.

dd. Zwischenergebnis

Ein Aufwendungsersatzanspruch des Arztes aus §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB besteht damit nicht. Außerdem liegt auch kein Rechtsgrund in Form einer berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag vor.

*b. Kondiktionsausschluss nach § 814 Var. 1 BGB?*

Der Rückforderungsanspruch wäre aber nach § 814 Var. 1 BGB ausgeschlossen, wenn der Behandelnde in Kenntnis der Nichtschuld geleistet hätte. Anders als im Rahmen des sogleich zu behandelnden Ausschlussgrundes in § 817 S. 2 BGB soll § 814 Var. 1 BGB keinen präventiven Effekt zeitigen, sondern allein widersprüchliches Verhalten verhindern und den Leistenden an der einmal getätigten Leistung festhalten.<sup>1168</sup> Dabei ist zunächst richtig, dass schon die Rückforderung einer einmal vorgenommenen Leistung einen Widerspruch darstellt. Dieser wird von der Rechtsordnung aber erlaubt, wie § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB unmissverständlich aufzeigt. Der in der Rückforderung liegende Widerspruch wird nur in Ausnahmefällen verboten, wenn der Leistende schon zum Leistungszeitpunkt weiß, dass für die Leistung kein Rechtsgrund besteht und er sogleich einen Rückforderungsanspruch erhält, wenn die Leistung erfolgt.<sup>1169</sup> Der Vorwurf gegenüber dem Leistenden liegt dann darin, dass er die Leistung auch einfach hätte unterlassen können, wenn er schon weiß, dass er sie ohnehin zurückfordern kann und wird.

aa. Nichtschuld

Damit der Kondiktionsausschluss eingreift, ist zunächst eine Nichtschuld erforderlich. Für den Leistenden muss objektiv zum Zeitpunkt der Leistung keine Verpflichtung bestanden haben.<sup>1170</sup> Dazu reicht es aus, wenn zum Zeitpunkt der Leistung zwar tatsächlich eine Verpflichtung vorlag, diese aber rückwirkend – beispielsweise durch Anfechtung nach § 142 Abs. 1 BGB – beseitigt wurde.<sup>1171</sup> Eine solche Nichtschuld bestand im Fall der Approbationsrücknahme, wenn der Behandelnde bösgläubig war, da der Behandlungsvertrag in diesem Fall *ex tunc* nichtig ist. Ist der Behandelnde dagegen gutgläubig, scheidet ein Anspruch aus § 812

---

<sup>1168</sup> BGHZ 73, 201 (205); BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 814 Rn. 1.

<sup>1169</sup> *Jerger*, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden, S. 114.

<sup>1170</sup> BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 814 Rn. 6 f.

<sup>1171</sup> *Jerger*, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden, S. 93; *Reinelt*, jurisPR-BGHZivilR 9/2008 Anm. 3 als Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.02.2008 – VIII ZR 208/07; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 814 Rn. 6; a.A.: BGH, NJW 2008, 1878 (1879); *Conrad*, JuS 2009, S. 397 (398).

Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB schon am Fortbestand des Behandlungsvertrages in der Vergangenheit, weil dieser einen Rechtsgrund darstellt.

bb. Positive Kenntnis der Nichtschuld

Darüber hinaus müsste der Behandelnde die Nichtschuld auch gekannt haben, also gewusst haben, dass die Verbindlichkeit nicht besteht und er also zur Behandlung nicht verpflichtet war. Diese Kenntnis ist im Fall der fingierten, rückwirkenden Nichtigkeit aber schlichtweg unmöglich, weil im Zeitpunkt der Behandlungsleistung faktisch noch keine Nichtigkeit vorlag, von der der Leistende Kenntnis gehabt haben könnte.

An dieser Stelle ist der Gedanke wieder aufzugreifen, der bei den Ausführungen zu den Kondiktionsansprüchen des Patienten nur angerissen wurde: Möglicherweise reicht es aus, dass der Behandelnde zum Zeitpunkt der Behandlungsleistung Kenntnis über den Rücknahmegrund hatte, der letztlich zur Nichtigkeit des Vertrages führt.

Dabei könnte man zunächst schon in Frage stellen, ob der Behandelnde aus dem Vorliegen eines Rücknahmegrundes mittels einer „*Parallelwertung in der Laiensphäre*“<sup>1172</sup> zwingend den Schluss ziehen muss, dass auch seine zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen von einem Approbationsverlust betroffen wären und er im Fall der Rücknahme keine ärztliche Leistung schuldet. Hier ließe sich einwenden, dass dem Behandelnden der Zusammenhang zwischen der berufsrechtlichen Approbationsrücknahme und den Rechtsbeziehungen zu seinen Patienten nicht bekannt sein dürfte. Jedoch reicht es aufgrund der Parallelwertung aus, dass dem Behandelnden der aus dem Rücknahmegrund folgende Approbationsverlust klar ist, weil ihm dann auch bewusst sein muss, dass er keine ärztlichen Leistungen erbringen darf und diese somit auch nicht vertraglich schulden kann.

Zu berücksichtigen ist allerdings erneut, dass der Rücknahmegrund nicht zwangsläufig zur Rücknahme führt: Da der Behandelnde bei Kenntnis der Rücknahmegründe nicht sicher sein kann, ob die Behörde den Rücknahmegrund entdeckt und damit auch nicht, ob der Behandlungsvertrag mit dem Patienten bestehen bleibt, kann von positiver Kenntnis hinsichtlich der Nichtschuld keine Rede sein.

Diese Situation ähnelt wiederum derjenigen, die bei Kenntnis eines Anfechtungsgrundes durch einen arglistig täuschenden Leistenden besteht. In beiden Fällen entsteht eine Schwebelage hinsichtlich des Fortbestandes des Rechtsgeschäftes. Man könnte daher – wie schon bei der Prüfung des § 819 Abs. 1 BGB – auf den Rechtsgedanken des § 142 Abs. 2 BGB rekurren.

Denn der bösgläubige Behandelnde, der um die Rücknahmegründe weiß, ist ebenso wenig schutzwürdig wie der arglistig täuschende Vertragspartner.<sup>1173</sup>

<sup>1172</sup> MüKo BGB/Schwab, § 814 Rn. 16.

<sup>1173</sup> Vgl. Jergler, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zulasten des Täuschenden, S. 110 ff.

Jedoch wird schon die direkte Anwendbarkeit des § 142 Abs. 2 BGB innerhalb der Prüfung des § 814 Var. 1 BGB mit gewichtigen Argumenten bestritten.<sup>1174</sup> Dabei wird der Umstand besonders betont, dass der arglistig täuschende Leistende auf den Fortbestand des Rechtsgeschäftes keinerlei Einfluss hat. Zum Zeitpunkt der Leistung ist das Rechtsgeschäft trotz der Anfechtbarkeit wirksam. Solange der Vertragspartner also die Anfechtung nicht erklärt, besteht die vertragliche Pflicht zur Leistung fort. Anders als in dem Fall, in dem der Vertrag von vornherein nichtig ist und der Leistende dies weiß, hat er im Fall der Anfechtbarkeit also nicht die Wahl, ob er die Leistung erbringt oder nicht. Er ist zur Leistung verpflichtet. Dann kann aber in der späteren Rückforderung nach Ausübung des Anfechtungsrechts kein widersprüchliches Verhalten gesehen werden. § 814 Var. 1 BGB sei in diesem Fall teleologisch zu reduzieren.<sup>1175</sup> *Wendeborst* begründet die teleologische Reduktion damit, dass jemand nur deshalb bewusst auf einen nichtigen Vertrag leistet, weil er hofft, dass der Vertragspartner die Nichtigkeit nicht geltend machen wird. Macht der andere Teil die Nichtigkeit dennoch geltend, ist in der Rückforderung des Leistenden kein Widerspruch zu der zunächst erfolgten Leistung zu sehen, weil diese ja in dem Glauben erfolgte, sie sei endgültig.<sup>1176</sup>

Diese Gedanken lassen sich auf den Fall der Approbationsrücknahme übertragen: Auch dort hängt die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nicht von dem Behandelnden, sondern von der Kenntniserlangung der Rücknahmegründe durch die Approbationsbehörde ab. Auch der Behandelnde war zum Zeitpunkt der Leistung – trotz der späteren Nichtigkeit – noch zur Vornahme der Behandlung verpflichtet. Eine Leistungsverweigerung des Behandelnden vor der Rücknahme der Approbation hätte eine Verletzung vertraglicher Pflichten dargestellt und der Patient hatte einen Anspruch auf Vornahme der Leistung, den er auch gerichtlich hätte geltend machen können. Der Behandelnde hatte mithin ebenfalls nicht die Wahl, ob er die Leistung vornimmt.

Ferner nimmt auch der Behandelnde die Leistung in der Hoffnung vor, die Rücknahmegründe würden nicht entdeckt, sodass der Behandlungsvertrag bestehen bleibt und er die gezahlte Vergütung behalten darf. Er geht zum Zeitpunkt der Leistung daher nicht von einem späteren Rückforderungsanspruch aus. Man kann dem Behandelnden daher nicht den Vorwurf machen, dass er die Leistung auch einfach hätte unterlassen können, weil er wusste, dass er sie ohnehin zurückfordern kann und wird. Denn zum einen konnte er die Leistung gar nicht unterlassen, weil er zu ihr verpflichtet war und zum anderen hat er die Leistung ja gerade deswegen vorgenommen, weil er von einem Fortbestand des Behandlungsverhältnisses ausgegangen ist und nicht, um sie später wieder zurückzufordern.

---

<sup>1174</sup> BGH, NJW 2008, 1878 (1879); ebenso *Conrad*, JuS 2009, S. 397 (398); *Reinelt*, jurisPR-BGHZivilR 9/2008 Anm. 3 als Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.02.2008 – VIII ZR 208/07; RGRK/*Heimann-Trosien*, § 814 Rn. 6.

<sup>1175</sup> MüKo BGB/*Schwab*, § 814 Rn. 20.

<sup>1176</sup> *Wendeborst*, LMK 2008, S. 260222 als Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.02.2008 – VIII ZR 208/07; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 814 Rn. 8.

Der Rechtsgedanke des § 142 Abs. 2 BGB kann daher aufgrund des Telos von § 814 Var. 1 BGB nicht auf den Fall der Approbationsrücknahme übertragen werden. Damit fehlt es am subjektiven Element der Vorschrift, der Behandelnde hatte weder positive Kenntnis von der Nichtschuld, noch kann die Kenntnis der Rücknahmegründe über eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB mit der Kenntnis der Nichtschuld gleichgestellt werden.

### cc. Zwischenergebnis

Die Kenntnis der Rücknahmegründe führt nicht zu einem Kondiktionsausschluss nach § 814 Var. 1 BGB.

### c. Kondiktionsausschluss gem. § 817 S. 2 BGB

Allerdings ist der Ausschlussstatbestand des § 817 S. 2 BGB zu beachten. Danach ist die Rückforderung des Erlangten ausgeschlossen, wenn dem Leistenden „gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt“. Die Vorschrift nimmt Bezug auf § 817 S. 1 BGB. Gemeint ist also ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten. Sie ist aber nicht auf den Bereicherungsanspruch aus S. 1 begrenzt,<sup>1177</sup> vielmehr enthält S. 2 eine allgemeine Regel, die auch für den Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB gilt.<sup>1178</sup> Denn da ein Anspruch aus § 817 S. 1 BGB meist mit einem Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB einhergeht (durch den Verbotverstoß entfällt nach § 134 BGB der Rechtsgrund),<sup>1179</sup> hätte der Ausschluss in vielen Fällen letztlich keine Wirkung, würde er sich nur auf § 817 S. 1 BGB beziehen.

<sup>1177</sup> A.A.: *Wazlawik*, ZGS 2007, S. 336 (344); *Heck*, AcP 124, S. 1 ff.

<sup>1178</sup> RGZ 151, 70 (72); RGZ 161, 52 (55); BGHZ 35, 103 (107); 36, 395 (399); 44, 1 (6); 50, 90 (91); BGH, NJW-RR 1993, 1457 (1458); BGH, NJW 2009, 984; NJW-RR 2009, 345; NJW 2008, 1942; NJW 2006, 45 (46); NJW 2005, 1490 (1491); *Eidenmüller*, JZ 1996, S. 889 (890) Fn. 7; *Schäfer*, AcP 202, S. 397 (406); *Klöhn*, AcP 210, S. 804 (806 f.); *Erman/Buck-Heeb* Rn. 11; *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S. 70; *Jerger*, NZBau 2014, S. 415 (418); *Hey*, JuS 2009, S. 400 (403); *Kanzler* AG 2013, S. 554 (558); *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 62; *Mäsch*, JuS 2014, S. 1123 (1124 f.) als Anmerkung zu BGH, NJW 2014, 1805; *Medicus/Petersen*, Rn. 696; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 817 Rn. 11; *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 162; *Staudinger/Lorenz* (2007), § 817 Rn. 10; MüKo BGB/*Schwab*, § 817 Rn. 11; NK-BGB/*v. Sachsen Gessaphe*, § 817 Rn. 10; *Fikentscher/Heinemann*, § 103 Rn. 1462; *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 68; siehe zu Auffassungen in der älteren Literatur *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 32.

<sup>1179</sup> Siehe *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger und verbotener Geschäfte, S. 34, wonach jeder Anwendungsfall des § 817 S. 1 BGB auch unter die §§ 134, 138 BGB fällt. Freilich geht mit der Anwendbarkeit des § 134 BGB nicht in jedem Fall die Nichtigkeit einher, sodass § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB nicht immer neben § 817 S. 1 BGB tritt.

aa. Anwendbarkeit des § 817 S. 2 nur bei beiderseitigem Verstoß?

Unter Verwendung des Begriffs „*gleichfalls*“ erfordert der klare Wortlaut der Norm allerdings, dass beide Vertragsteile gegen das Verbotsgesetz verstoßen müssen.<sup>1180</sup> Daraus würde die Unanwendbarkeit der Vorschrift zwischen Behandelndem und Patienten im Fall der *ex tunc* entzogenen Approbation folgen, da nur der Behandelnde gegen § 2 BÄO verstößt.

Gegen diese wortlautgetreue, aber den Anwendungsbereich stark einschränkende Ansicht, sprechen sich die Rechtsprechung<sup>1181</sup> und ein Großteil der Lehre<sup>1182</sup> aus. Die Kritiker haben auch ein stichhaltiges Argument auf ihrer Seite: Folgt man dem Wortlaut, müsste beispielsweise ein Bereicherungsschuldner, der sich keine Verfehlung zu Schulden hat kommen lassen, das Erlangte nach den §§ 812 ff. BGB herausgeben, während einem Schuldner, der ebenso wie der Bereicherungsgläubiger gegen ein Verbotsgesetz verstoßen hat, der Ausschluss des § 817 S. 2 BGB zu Gute kommen würde.<sup>1183</sup> Das stellt eine offensichtliche Ungerechtigkeit und einen schweren Widerspruch zu dem Zweck der Generalprävention dar. Der schwerere Verstoß würde letztlich prämiert. Richtigerweise ist daher eine teleologische Extension vorzunehmen.<sup>1184</sup> Für die Anwendbarkeit der Vorschrift reicht es entgegen dem zu engen Wortlaut aus, wenn nur der Leistende gegen das Verbotsgesetz verstoßen hat.

bb. Subjektive Komponente des § 817 S. 2 BGB

Allerdings wird die Anwendbarkeit der Vorschrift von der herrschenden Auffassung durch das Erfordernis einer subjektiven Komponente beim Bereicherungsgläubiger wieder eingeschränkt.<sup>1185</sup> Der Konditionsausschluss erfordere einen bewussten Verstoß des Leistenden gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sit-

---

<sup>1180</sup> *Waszlawik*, ZGS 2007, S. 336 (342).

<sup>1181</sup> RGZ 161, 52 (55); BGHZ 50, 90 (91); BGH, NJW-RR 1993, 1457 (1458).

<sup>1182</sup> NK-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 817 Rn. 10; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 817 Rn. 11; *Eidenmüller* JZ 1996, S. 889 (890) Fn. 7; *Mäsch*, JuS 2014, S. 1123 (1125) als Anmerkung zu BGH, NJW 2014, 1805; *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, S. 158 f.; *Erman/Buck-Heeb*, § 817 Rn. 11 und 26; *Esser/Weyers* SchuldR BT II, S. 70; *Fikentscher/Heinemann*, § 103 Rn. 1464 f.; *HKK/Schäfer*, §§ 812–822 Rn. 62; *Kappel/Kienle*, WM 2007, S. 1441 (1444); *Koppensteiner/Kramer* Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 62; *Medicus/Petersen*, Rn. 696; *Reeb*, Grundprobleme des Bereicherungsrechts, S. 68; *RGRK/Heimann-Trosien*, § 817 Rn. 2; *Schäfer* AcP 202, S. 397 (407); *Soergel/Hadding*, § 817 Rn. 12; *Weishaupt*, JuS 2003, S. 1166 (1171); *Wieling*, BereicherungsR, S. 37; differenzierend: *MüKo BGB/Schwab*, § 817 Rn. 47.

<sup>1183</sup> RGZ 161, 52 (55).

<sup>1184</sup> Siehe *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 216 ff., insbesondere S. 220.

<sup>1185</sup> *Staudinger/Lorenz* (2007), § 817 Rn. 21; *MüKo BGB/Schwab*, § 817 Rn. 83; BeckOK BGB/*Wendeborst*, § 817 Rn. 16.

ten.<sup>1186</sup> Die Rechtsordnung könne dem Leistenden nur dann den Rechtsschutz verweigern, wenn dieser ihr bewusst zuwidergehandelt hat.<sup>1187</sup>

Die daraus resultierende unterschiedliche Behandlung der Sätze eins und zwei des § 817 BGB ist den divergierenden Normzwecken geschuldet.<sup>1188</sup> S. 1 verfolgt die Wiederherstellung der materiell richtigen Güterzuordnung. Die Frage, ob sich im Vermögen einer Person ein unberechtigter Zuwachs befindet, kann allein aus objektiven Gesichtspunkten beantwortet werden. Das Vermögen einer Person ist ungerechtfertigt erhöht, egal ob die Tatsache, dass die Vermögensverschiebung dem Gesetz zuwiderläuft, dem Empfänger bekannt war oder nicht. Demgegenüber ist Telos des S. 2 die Sanktionierung des Verhaltens des Leistenden zur Generalprävention, die nur im Falle eines bewussten Verstoßes gerechtfertigt ist.<sup>1189</sup>

#### (1) Kenntnis der Umstände ausreichend

Mit dem Erfordernis einer subjektiven Komponente entsteht allerdings die Problematik, dass derjenige, der sich überhaupt keine Gedanken um die Gesetzeskonformität seines Handelns macht, von der jeweiligen Norm nicht erfasst wird. Daher kritisieren Teile der Literatur die mit dieser Auffassung einhergehende Privilegierung fehlenden Unrechtsbewusstseins und lehnen eine subjektive Komponente ab.<sup>1190</sup> Dieser gewichtigen Einwendung kann aber Rechnung getragen werden, indem die subjektiven Voraussetzungen nicht allzu restriktiv gehandhabt werden. Daher wird zum Teil nicht auf das Bewusstsein der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit abgestellt, sondern schon die Kenntnis des Leistenden von den Umständen für ausreichend gehalten, die diese begründen.<sup>1191</sup> Dieser Schluss ist allerdings nur gerechtfertigt, wenn die Verbotsvorschrift allgemein bekannt ist. Dies ist bei Normen der sittlichen Ordnung zu bejahen, denn es ist davon auszugehen, dass jedermann zumindest die grundsätzlichen Moralvorstellungen einer Gesellschaft kennt, in der er lebt. Bei Verstößen gegen Verbotsgesetze kann aber wegen deren unübersehbarer Anzahl nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, der Leistende sei über das jeweilige Gesetz im Bilde. Der Schluss von der Kenntnis der Umstände auf das Bewusstsein des Verbotverstoßes kann daher nur gezogen werden, wenn der Leistende das Verbotsgesetz entweder kannte,<sup>1192</sup> oder es als

<sup>1186</sup> RGZ 127, 276 (279); BGHZ 50, 90 (92); BGH, BeckRS 1955, 31198881 unter III. 1.; BGH, WM 1967, 229 (231); BGH, NJW 1992, 310 (311); NJW 2005, 1490 (1491).

<sup>1187</sup> *Mayer-Maly*, Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, S. 48; MüKo BGB/*Lieb* (2004), § 817 Rn. 42; *Larenz/Canaris*, SchuldR II/2 S. 163, wo aber auch der hinter der Rechtsschutzverweigerung stehende Gedanke der Generalprävention hervorgehoben wird.

<sup>1188</sup> Dagegen: *Esser/Weyers* SchuldR BT II, § 49 IV. 1.; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 212 f.

<sup>1189</sup> MüKo BGB/*Lieb* (2004), § 817 Rn. 42; MüKo BGB/*Schwab*, § 817 Rn. 83; *Klöhn*, AcP 210, S. 804 (836); *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2 S. 162.

<sup>1190</sup> *Kollbosser*, JZ 1986, S. 446 (447) als Anmerkung zu OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.1985 – 11 W 18/85; *Reuter/Martinek*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S. 212.

<sup>1191</sup> *Staudinger/Lorenz* (2007), § 817 Rn. 21.

<sup>1192</sup> BGHZ 50, 90 (92).



allgemein bekannt angesehen wird.<sup>1193</sup> Darüber hinaus wird keine positive Kenntnis von dem Gesetzesverstoß gefordert, vielmehr reicht es aus, wenn der Betroffene sich der Einsicht leichtfertig verschließt, dass sein Verhalten gegen ein Verbotsgesetz verstößt.<sup>1194</sup>

## (2) Besonderheiten aufgrund der Rückwirkung

Auch für die Frage der Kenntnis im Rahmen des § 817 S. 2 BGB ist jedoch wieder die Besonderheit der Rückwirkungsfiktion zu beachten, die von der Approbationsrücknahme ausgeht. Wie schon bei der Anwendung der §§ 814 Var. 1 BGB und 819 Abs. 1 BGB kann der Behandelnde zum Zeitpunkt der Leistung faktisch noch kein Bewusstsein von dem Verstoß gegen § 2 BÄO haben, da dieser sich erst durch die Rücknahme ergibt. Fingiert wird nur das Nichtvorliegen der Approbation, nicht aber die Kenntnis hiervon.

Wie gerade erläutert, kann jedoch auch die Kenntnis der Umstände genügen, die den Verbotsgesetzesverstoß begründen. Um von der Kenntnis der Umstände auf das Bewusstsein des Verbotsgesetzesverstoßes zu schließen, ist wie gesagt lediglich die Kenntnis des Leistenden von dem Verbotsgesetz zu verlangen. Bei Ärzten kann die Kenntnis des Verbots der Berufsausübung ohne Approbation vorausgesetzt werden. Grundsätzlich könnte man also auch in diesem Fall von der Kenntnis der den Verstoß begründenden Umstände auf das erforderliche Bewusstsein schließen.

Trotzdem ist die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB problematisch. Denn der Umstand, der den Verstoß gegen § 2 BÄO zur Folge hat, ist die Heiltätigkeit ohne Approbation. Diese ist aber auch wieder fingiert, sodass der Arzt hiervon ebenfalls keine Kenntnis haben konnte.

Einzig, wenn man die Kenntnis des Rücknahmegrundes, der mittelbar auch den Verbotsgesetzesverstoß begründet, ausreichen ließe, käme man nach diesem Ansatz zum Ausschluss des Wertersatzanspruchs.

Allerdings führen die Umstände, die einen Verbotsgesetzesverstoß begründen und deren Kenntnis nach herrschender Auffassung für die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB ausreicht, in jedem Fall auch dazu, dass gegen ein Verbotsgesetz verstoßen wird. Beispielsweise führt der Umstand, dass die Vertragsparteien eine „Ohne-Rechnung-Abrede“ treffen, um die Umsatzsteuer zu hinterziehen, in jedem Fall dazu, dass der betreffende Werkvertrag unwirksam ist. Von der Kenntnis des Unternehmers von dieser Abrede wird auf die Kenntnis von dem Verstoß gegen § 1 SchwarzArbG geschlossen.

Das unterscheidet diese Umstände aber von den Rücknahmegründen des § 5 BÄO, weil letztere nicht zwangsläufig dazu führen, dass die Approbation auch

<sup>1193</sup> Staudinger/Lorenz (2007), § 817 Rn. 22; MüKo BGB/Schwab, § 817 Rn. 85.

<sup>1194</sup> BGH, NJW 1989, 3217 (3218); 1993, 2108 (2109); BGH, ZIP 2006, 1101 (1104) Rn. 28; MüKo BGB/Schwab, § 817 Rn. 85; jurisPK BGB/Martinek, § 817 Rn. 26; Soergel/Hadding, § 817 Rn. 27 lassen auch grob fahrlässige Unkenntnis genügen.

tatsächlich zurückgenommen wird. Der aus der Rücknahme resultierende Verstoß gegen § 2 BÄO tritt nicht in jedem Fall ein, in dem ein Rücknahmegrund besteht, sondern nur, wenn die Approbationsbehörde von dem Rücknahmegrund Kenntnis erhält und Rücknahme auch tatsächlich vorgenommen wird. Daher ist der Schluss von der Kenntnis eines Rücknahmegrundes auf die Kenntnis des Verbotverstoßes gerade nicht zwingend. Vielmehr kann ein Verbotverstoß trotz Rücknahmegrund ausbleiben, wenn die Approbationsbehörde keine Kenntnis von dem Fehlverhalten erhält und die Approbation nicht zurücknimmt, sodass der Arzt im Moment der Heilbehandlung nicht gegen § 2 BÄO verstößt.

(3) § 142 Abs. 2 BGB analog

Abhilfe kann aber wieder im Wege der analogen Anwendung<sup>1195</sup> einer Norm geschaffen werden, auf deren Rechtsgedanke schon im Rahmen des § 819 BGB zurückgegriffen wurde: Die Situation der Kenntnis von Tatsachen, die womöglich zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes führen, ähnelt der Situation, in der der Anfechtungsgegner zwar die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäftes kennt, aber nicht dessen Nichtigkeit, weil das Gestaltungsrecht noch nicht ausgeübt wurde. Dieser Fall ist in § 142 Abs. 2 BGB geregelt. In beiden Fällen ist dem Betreffenden bewusst, dass das Rechtsgeschäft auf „wackeligen Füßen“ steht und jederzeit nichtig werden kann. Auch liegt die Wirksamkeit in beiden Fällen nicht mehr in der Hand des Betreffenden. Im Falle der Anfechtbarkeit hängt sie vom Anfechtungsgegner ab, im Falle des Vorliegens von Rücknahmegründen von der Approbationsbehörde. Eine vergleichbare Situation ist mithin zu bejahen.

Ferner ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass ein Behandelnder, der zwar die Rücknahmegründe kennt, mangels behördlicher Rücknahme aber noch nicht sicher um die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes weiß, nicht gesehen hat.<sup>1196</sup> Es liegt daher auch eine planwidrige Regelungslücke vor.

Gleichzeitig kann mit dieser Erkenntnis dem Einwand begegnet werden, aus der ausdrücklichen Regelung für den Fall der Kenntnis der Anfechtbarkeit in § 142 Abs. 2 BGB einen Umkehrschluss zu ziehen. Aus dem Fehlen der Regelung ließe sich zwar zunächst auch folgern, dass eine Gleichstellung der Kenntnis in anderen Fällen gerade nicht erfolgen darf. Dafür müsste der Gesetzgeber die Problematik aber eben bewusst nicht geregelt haben, was erkennbar nicht der Fall ist.

Schließlich gebieten Wertungsgesichtspunkte einen Analogieschluss, da ansonsten auch der um die Rücknahmegründe wissende Behandelnde einen Wertersatzanspruch bezüglich seiner Arbeitsleistung hätte, dem nicht der Einwand aus § 817 S. 2 BGB entgegengehalten werden kann.

---

<sup>1195</sup> Zu den Voraussetzungen einer Analogie siehe schon in Fn. 1055.

<sup>1196</sup> Die Problematik wird, soweit ersichtlich, an keiner Stelle erwähnt.

Es erscheint aber wertungsmäßig falsch, dem Behandelnden, der mit der Behandlung wissentlich entweder die Gesundheit des Patienten oder die Integrität der Ärzteschaft gefährdet hat, auch noch einen Ausgleich für diese Gefährdung zuzugestehen. Vielmehr gebietet das *Telos* des § 817 S. 2 BGB eine Anwendung der Norm auf diesen Fall.

Auch aus präventiver Sicht ist es sinnvoll, dem bösgläubigen Behandelnden den Anspruch auf Wertersatz zu versagen.<sup>1197</sup> Denn diese Folge ist geeignet, einen Behandelnden mit rechtswidrig erteilter Approbation davon abzuhalten, die Heilbehandlung vorzunehmen. Darüber hinaus bietet sich eine parallele Behandlung der beiderseitigen Bereicherungsansprüche an. Der bösgläubige Behandelnde hat keinen Anspruch auf Wertersatz für seine geleisteten Dienste und haftet dem Patienten auch nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verschärft, sodass der Einwand der Entreicherung ihm nicht weiterhilft. Die präventive Wirkung wird damit noch verstärkt.

Es besteht mithin auch ein Bedürfnis nach einem Analogieschluss.

Die Kenntnis der Rücknahmegründe ist daher bei erfolgter Rücknahme zu behandeln, als hätte der Behandelnde Kenntnis von der Verbotswidrigkeit seiner Leistung gehabt, § 142 Abs. 2 BGB analog.

#### (4) Kenntnis oder leichtfertige Unkenntnis des Rücknahmegrundes?

Für die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB ist daher immer zu klären, ob der bösgläubige Behandelnde wusste, oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschloss, dass sein früheres Fehlverhalten einen Rücknahmegrund zeitigt. Hierzu ist erneut auf die Gedanken zu rekurrieren, die bereits bei der Frage der Bösgläubigkeit im Rahmen des § 134 BGB geäußert wurden.<sup>1198</sup> Auch dort wurde schon die Frage der Kenntnis beziehungsweise der grob fahrlässigen Unkenntnis des Rücknahmegrundes relevant. Ebenso ist auch hinsichtlich des subjektiven Elements in § 817 S. 2 BGB eine Parallelwertung in der Laiensphären vorzunehmen.<sup>1199</sup> Der Behandelnde muss § 5 BÄO nicht kennen und sein Verhalten unter dessen Tatbestand subsumieren. Es reicht aus, wenn ihm bewusst ist, dass sein früheres Fehlverhalten seine Tauglichkeit zum Arztberuf in Frage stellt und er daher nicht hätte approbiert werden dürfen.

Hierbei ist zu beachten, dass die erforderlichen Angaben im Rahmen des Approbationsantrages nach § 49 ÄApprO dem Behandelnden vor Augen führen, dass seine Eignung für den Arztberuf entscheidend davon abhängt, ob er strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, ob er gesundheitlich in der Lage ist, den Arztberuf auszuüben und ob er die ärztliche Prüfung erfolgreich abgeschlossen hat und also fachlich geeignet ist, den Beruf zu ergreifen.

---

<sup>1197</sup> Vgl. BAG, NZA 2005, 1409 (1411).

<sup>1198</sup> Siehe hierzu unter § 7 II. 4. a. aa.

<sup>1199</sup> Staudinger/Lorenz (2007), § 817 Rn. 22.

So liegt im Fall der Fälschung von Prüfungszeugnissen oder der Täuschung bei der ärztlichen Prüfung Kenntnis des Rücknahmegrundes vor, weil dem Behandelnden offenkundig ist, dass er den Nachweis seiner fachlichen Eignung nicht erbracht hat und die Approbation daher nicht hätte erteilt werden dürfen.

Mit Blick auf die Rücknahmegründe der Unwürdigkeit und der Unzuverlässigkeit muss dem Behandelnden aufgrund der geforderten Unterlagen klar sein, dass strafrechtlich relevantes Verhalten seine Eignung als Arzt in Frage stellt. Auch wenn er nicht sicher ist, ob das Verhalten tatsächlich zur Annahme der Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit führt, ist von ihm zu erwarten, dass er sich bei einem Juristen hierüber informiert, beziehungsweise das Fehlverhalten bei der Approbationsbehörde angibt. Jedenfalls darf er das Fehlverhalten nicht für sich behalten und darauf hoffen, dass die Approbationsbehörde keine Kenntnis davon erhält. Ansonsten ist ihm ein leichtfertiges Verschließen vor dem Vorliegen des Rücknahmegrundes vorzuwerfen.

Gleiches gilt im Fall von gesundheitlichen Beschwerden. Hat der Behandelnde den Eindruck, dass er aufgrund gesundheitlicher Mängel möglicherweise nicht zum Arztberuf geeignet ist, dann muss er diese dem untersuchenden Arzt gegenüber äußern und seinen Zweifeln nachgehen oder die Zweifel der Approbationsbehörde mitteilen. Tut der dies nicht, kann ihm ebenfalls ein leichtfertiges Verschließen vor der Erkenntnis attestiert werden, dass er den Rücknahmegrund der mangelnden gesundheitlichen Eignung erfüllt.

#### (5) Zwischenergebnis

Die subjektive Komponente des § 817 S. 2 BGB ist also in allen Fällen zu bejahen, in denen dem Behandelnden bekannt ist oder er sich gegenüber der Erkenntnis verschließt, dass er zum Arztberuf ungeeignet ist. Diese Fallgruppe ist deckungsgleich mit derjenigen des bösgläubigen Behandelnden, der den Rücknahmegrund kannte oder kennen musste.

#### *d. Zwischenergebnis*

Es ist mithin festzustellen, dass der Anspruch des bösgläubigen Behandelnden auf Ersatz des Wertes der vorgenommenen Behandlung nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist. Da im Falle eines gutgläubigen Behandelnden ein Wertersatzanspruch schon deshalb ausscheidet, weil der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit fortbesteht, lässt sich folgendes festhalten:

*Im Fall der Approbationsrücknahme hat der Behandelnde keinen Anspruch auf Ersatz des Wertes der Heilbehandlung aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB!*

## II. Schadensersatzansprüche

Neben der Rückabwicklung der vertraglichen Primärleistungen stellt sich die Frage, ob dem Patienten im Schadensfall vertragliche oder vertragsähnliche Schadensersatzansprüche zukommen. Dabei wird zunächst zu klären sein, ob der Behandelnde in allen Fällen einer Approbationsrücknahme aufgrund der unwirksamen Einwilligung in den Heileingriff Schmerzensgeld an den Patienten leisten muss (1.). Im Weiteren wird dann der Frage nachgegangen, wie sich die Rücknahme auf die Haftung des Behandelnden für nicht *lege artis* ausgeführte Behandlungen auswirkt (2.). Dabei wird jeweils noch danach differenziert, ob der Behandelnde den Rücknahmegrund kannte beziehungsweise kennen musste, oder ob er diesbezüglich gutgläubig war.

1. Sekundäransprüche des Patienten gegen den bösgläubigen Behandelnden wegen unwirksamer Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB

Aufgrund der Nichtigkeit des Behandlungsvertrages haftet der bösgläubige Behandelnde nicht aus Vertrag. Auch eine Haftung aus den §§ 677 ff. BGB scheidet aus.<sup>1200</sup> Denkbar wäre jedoch ein vertragsähnlicher Anspruch aus § 311 Abs. 2 iVm. § 241 Abs. 2 BGB.

Seit der Schuldrechtsreform 2002 ist die zuvor richterrechtlich anerkannte *culpa in contrahendo* in § 311 Abs. 2 BGB geregelt. Liegen die Voraussetzungen vor, entsteht ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Pflichtenkatalog des § 241 Abs. 2 BGB. Die Verletzung einer solchen Pflicht führt zu einem Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB.

### a. Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB

Zwischen dem Patienten und dem Behandelnden könnte auch bei nichtigem Behandlungsvertrag ein quasivertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bestehen. Danach entsteht ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch durch ähnliche geschäftliche Kontakte. Nach Auffassung der Rechtsprechung können

*„Aufklärungs- und Hinweispflichten, deren Verletzung die Haftung aus culpa in contrahendo (s. jetzt § 311 II BGB) zur Folge hat, [können] allein auf Grund des rechtsgeschäftlichen Kontakts der Parteien entstehen, auch wenn der Vertrag nicht wirksam zu Stande kommt.“<sup>1201</sup>*

Unwirksame Verträge und *culpa in contrahendo* schließen sich folglich nicht per se aus.<sup>1202</sup> Allerdings fand die schädigende Einwirkung auf die körperliche Integrität

<sup>1200</sup> Siehe hierzu unter § 8 I 2. a.

<sup>1201</sup> BGH, NJW 2005, 3208 (3209).

<sup>1202</sup> So auch *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 147; *MüKo BGB/Emmerich*, § 311 Rn. 183; *BeckOK BGB/Sutschet*, § 311 Rn. 52; *BeckOGK BGB/Herresthal* § 311 Rn. 294; *Erman/Kindl*, § 311 Rn. 22.

des Patienten nach Vertragsschluss statt. Klärungsbedürftig ist daher, ob auch während der Laufzeit eines später rückwirkend nichtigen Vertrages ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB bestehen kann.

Dagegen könnte man die – freilich umstrittene – Systematik des § 311 Abs. 2 BGB ins Feld führen. Nach einer Auffassung enthält die Norm ein abgestuftes Regelungskonzept, und zwar in zeitlicher Hinsicht. Zunächst entstehe nach Nr. 1 ein Schuldverhältnis, wenn Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien stattfinden. Die Nummern 2 und 3 verlegen diesen Zeitpunkt jeweils noch weiter in die Vergangenheit: Nach Nr. 2 reicht auch eine Vertragsanbahnung, die zeitlich den Verhandlungen vorgelagert sei; Nr. 3 verlangt schließlich nur noch einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt, der Situationen in einem nach weiter vorgelagertem Stadium erfasse.<sup>1203</sup> Da der Zeitpunkt des körperlichen Eingriffs aber nach dem Vertragsschluss lag, erscheint es systematisch verfehlt, für diesen Zeitraum einen ähnlichen geschäftlichen Kontakt nach § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB anzunehmen, der nach der Gesetzssystematik jedenfalls vor dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegen müsste.

Auch die häufige Bezeichnung „Vorvertragliches Schuldverhältnis“<sup>1204</sup> passt im Falle eines *ex tunc* nichtigen Vertrages nicht, weil aufgrund der Fiktion überhaupt kein Schuldverhältnis bestand. Es geht hier vielmehr um ein Schuldverhältnis ohne Vertrag als um eines vor Vertrag.

Mangels Anwendbarkeit der *culpa in contrahendo* wäre daher davon auszugehen, dass zum Zeitpunkt der medizinischen Behandlung kein Schuldverhältnis existiert hat, gegen dessen Rücksichtnahmepflichten der Behandelnde verstoßen konnte.

Diese Argumente können allerdings entkräftet werden. Zunächst ist dem systematischen Ansatz entgegenzuhalten, dass ein solches Verständnis des § 311 Abs. 2 BGB keinesfalls zwingend ist. Nach anderer Auffassung stellt Nr. 3 zwar einen Auffangtatbestand dar, der Fälle erfassen soll, die nicht unter die Nummern 1 und 2 subsumiert werden können.<sup>1205</sup> In zeitlicher Hinsicht ist der Begriff der

Die Lehre der *cic* ist insbesondere mit Blick auf nichtige Verträge entwickelt worden, siehe *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Band 4, S. 1 ff.

<sup>1203</sup> Siehe bei *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 5 Rn. 5 ff.; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 147; *Koller/Roth/Zimmermann*, SMG 2002, S. 64; *Kakatsakis*, Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, S. 42; ähnlich auch *Staudinger/Feldmann* (2018), § 311 Rn. 105.

<sup>1204</sup> Viele Ausführungen beschränken sich bei der Annahme eines quasivertraglichen Schuldverhältnisses allein auf den Zeitraum vor Vertragsschluss. Schon das Preußische Allgemeine Landrecht sprach im fünften Titel des 1. Teils in § 284 von Pflichten „*bei Abschließung des Vertrags*“. Auch bezieht sich die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ausschließlich auf den vorvertraglichen Bereich, siehe BT-Drucks. 14/4060 S. 161 ff.; ebenso stellen diesen Zeitraum in den Vordergrund: *Brors*, ZGS 2005, S. 142; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 147; *Brox/Walker*, SchuldR AT, § 5 Rn. 4; BeckOK BGB/*Sutschet*, § 311 Rn. 39; ebenso *Erman/Kindl*, § 311 Rn. 16 „*Abs II beschreibt drei Tatbestände, in denen ein vorvertragliches Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 II entsteht*“. Vgl. ferner für das französische Recht („*responsabilité précontractuelle*“) *Raymond Saleilles*, Revue Trimestrielle de droit civil VI, S. 697 ff.; für das amerikanische Recht („*precontractual obligations*“) *Kessler*, FS von Caemmerer, S. 873 ff.

<sup>1205</sup> *Canaris*, JZ 2001, 499 (520); grds. bejahend: *MüKo BGB/Emmerich*, § 311 Rn. 42.

ähnlichen geschäftlichen Kontakte aber flexibel, also, nicht auf den vorvertraglichen Bereich begrenzt.<sup>1206</sup> Ein „ähnlicher“ Zeitpunkt kann auch nach Vertragschluss liegen, eine Einschränkung in dieser Hinsicht enthält die Vorschrift nicht. Daneben ist zu beachten, dass der Wortlaut der gesetzlichen Regelung den Begriff des vorvertraglichen Schuldverhältnisses bzw. der *culpa in contrahendo* gar nicht verwendet. Zwar sollte in § 311 Abs. 2 BGB nach der Gesetzesbegründung durchaus eine Kodifikation der richterrechtlich bereits anerkannten *culpa in contrahendo* erfolgen.<sup>1207</sup> Damit ist aber nicht gesagt, dass der Gesetzgeber mit der Norm ausschließlich den vorvertraglichen Bereich im Blick hatte. Tatsächlich regeln nur die Nummern 1 und 2 ausschließlich den Bereich der vorvertraglichen Schuldverhältnisse, während der zeitliche Anwendungsbereich der Nr. 3 deutlich weiter ist und neben dem vorvertraglichen auch weitere Zeiträume erfasst. Zu diesem Ergebnis kommt, wer den – wiederum umstrittenen – Grundgedanken eines Schuldverhältnisses nach § 311 Abs. 2 BGB bzw. § 241 Abs. 2 BGB in den Blick nimmt. Dieser liegt darin, eine vertragsähnliche Haftung für Fälle zu begründen, in denen die Parteien sich rein faktisch wechselseitig aufeinander verlassen, sodass eine gewisse Vertrauensgrundlage besteht.<sup>1208</sup>

---

<sup>1206</sup> Reischl, JuS 2003, 40 (43); NK-BGB/Becker, § 311 Rn. 99; NK-BGB/Krebs, § 241 Rn. 32; BeckOGK BGB/Herresthal, § 311 Rn. 203; auch Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 486, grenzt nur zwischen rein sozialem und geschäftlichem Kontakt ab, nicht aber in zeitlicher Hinsicht.

<sup>1207</sup> BT-Drucks. 14/4060 S. 161 ff.

<sup>1208</sup> Anknüpfend schon in RGZ 120, 249 (251); ausdrücklich dann bei *Ballerstedt* AcP 151, S. 501 (506); sowie umfassend und gut begründet und letztlich überzeugend *Canaris*, JZ 1965, S. 475 (476); *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 540; *Canaris*, FS Larenz, S. 27 (88); *Canaris*, FG 50 Jahre BGH I, S. 129 (171 ff.); *Canaris*, FS Schimansky, S. 43 (49 ff.); zustimmend: *Breidenbach*, Die Voraussetzungen der Informationspflichten beim Vertragsschluss, 1989, S. 47 ff.; *Lang*, AcP 201 S. 451 (536 ff. und 577), der Vertrauensprinzip und Prinzip der Selbstbindung verknüpft; *Mertens*, AcP 178, S. 227 (249); *Hobloch*, NJW 1979, S. 2369 passim; *Schulze*, JuS 1983, S. 81; *Kakatsakis*, Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, S. 174; *Karlstedt*, Die Eigenhaftung des Insolvenzverwalters aus Garantievertrag und culpa in contrahendo, S. 226; *Larenz*, SchuldR AT, S. 106; *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II, S. 137; BeckOGK BGB/Herresthal § 311 Rn. 293 f.; ebenso zur Vertrauenshaftung die Rechtsprechung des BGH: BGHZ 71, 284 (288); 79, 337 (341); BGH, NJW 1985, 2584 (2585); NJW 1998, 1343 (1344); a.A.: *von Bar*, Verkehrspflichten, S. 312 ff., bevorzugt eine Lösung über das Deliktsrecht; siehe ferner *von Bar*, JuS 1982, S. 637 (645); *von Bar*, ZGR 1983, S. 476 (490 ff., insb. 496, 499); darüber hinaus *Flume*, BGB AT II, S. 129; *Erman*, AcP 139, S. 273 (312); *Evans-von Krbeek*, AcP 179, S. 85 (89 ff. und 149); *Hans Stoll*, AcP 176 S. 145 (151 in Fn. 21) „kein Rahmesblatt der deutschen Zivilrechtsdogmatik“; *Hans Stoll*, FS von Caemmerer, S. 435 (insbesondere 452 und 455); *Schub*, Leistung und Sorgfalt, S. 253 ff.; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 480, wonach Vertrauen unterhalb der Schwelle zur rechtsgeschäftlichen Bindung nicht geeignet ist, ein Schuldverhältnis zu erzeugen; *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S. 420 ff.; *Fleischer*, Die Schuldrechtsreform, S. 243 (254 ff.); *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis S. 178 f.; *Horn*, JuS 1995, S. 377 (387); *Hopt*, AcP 183, S. 608(639 ff.), der seine Ausführungen aber nicht als Angriff auf das Vertrauensprinzip versteht (S. 644); *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 20 ff., der ergänzend auf weitere Gesichtspunkte abstellen möchte, die zu formulieren er sich aber außerstande sieht; *Pickeer*, AcP 183 (1983), S. 369 (413, 418ff.), kritisiert, dass dieser Ansatz den Ausgang der konkreten Streitigkeit „völlig unberechenbar macht“; ders., FS Medicus, S. 397 (419 ff.); *Königgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 102 kritisiert die Heterogenität der von der Ver-

Letztlich soll die Möglichkeit, auf die Rechtsgüter des anderen Teils einzuwirken, zu einem verschärften Pflichtenprogramm führen.<sup>1209</sup> Diese Sichtweise hat der Gesetzgeber mit im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung zementiert. § 311 Abs. 3 BGB hebt den Vertrauensaspekt als haftungsbegründenden Tatbestand hervor, während der von vielen als Grundtatbestand<sup>1210</sup> aufgefasste § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB explizit auf die Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des anderen Teils abstellt.

Da sich die Einwirkungsmöglichkeiten nach Vertragsschluss aber noch verstärken, muss dort erst recht eine vertragsähnliche Haftung bejaht werden.<sup>1211</sup> Nach *Canaris*<sup>1212</sup> entsteht auf Grundlage des Vertrauensgedankens ein sogenanntes Schutzverhältnis mit Schutzpflichten sozusagen als „dritte Spur“ neben Vertrags- und Deliktsrecht.<sup>1213</sup> Diese Schutzpflichten bestehen sowohl vor als auch nach

---

trauenshaftung getragenen Fallgruppen; *Frotz*, Gedenkschrift Gschnitzer, S. 163 (168 ff.); *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, S. 54 ff.; *Brors*, ZGS 2005, S. 142 (144 f.); *Wojtas*, Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland, S. 53 ff.; *Kreber*, VersR 2004, S. 150 (II. 2. b), wonach dieser Ansatz allenfalls ergänzend herangezogen werden könne, es primär aber auf die Nähe zu einem Vertrag ankomme.

<sup>1209</sup> So *Heinrich Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 27; *Heinrich Stoll*, AcP 136, S. 257 (287 ff. und 298 ff.); in Ansätzen auch schon bei *Heinrich Stoll*, LZ 1923, S. 532 (543 ff.); ferner bei *Hoffmann*, AcP 167 (1967), S. 394 (400); *Thiele*, JZ 1967, 649 (650); *Raiser*, AcP 127, 1 (23 f.); *Dölle*, ZStaatsW 103, S. 67 (74 f., 79 f., 84), der entgegen der heutigen Auffassung schon den rein sozialen Kontakt zur Pflichtenbegründung ausreichen lässt; *Frost*, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, S. 66; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 481; *Looschelders*, SchuldR AT, Rn. 143; *Larenz*, SchuldR AT, S. 110; NK-BGB/*Krebs*, § 241 Rn. 31. BeckOK BGB/*Sutschet*, § 311 Rn. 49 und § 241 Rn. 90; MüKo BGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 41; MüKo BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 117; *Erman/Westermann*, § 241 Rn. 11; in diese Richtung auch vgl. auch *Haupt*, FS Siber II, S. 1 (11) „Die besondere soziale Beziehung, die zwischen den Beteiligten in typischer Weise entsteht, hebt sie heraus aus einem neutralen Nebeneinander von lediglich ‚Dritten‘ und schafft zwischen ihnen das ‚Zueinander von ‚Partnern‘“; vgl. ferner *Schlesinger*, Zentralblatt für die juristische Praxis 1926, S. 721 (744 ff.).

<sup>1210</sup> BeckOK BGB/*Herresthal*, § 311 Rn. 287; MüKo BGB/*Emmerich* Rn. 45.

<sup>1211</sup> *Canaris*, JZ 1965, 475 (476 f.); *Tomandl/Zöllner*, S. 99; *Konzen*, ZfA 1982, S. 259 (285); *Soergel/Siebert*, 9. Auflage, § 242 Rn. 63.

<sup>1212</sup> *Canaris*, JZ 1965, 475 (482); *Canaris*, FS Larenz, S. 27 (89); *Canaris*, FG 50 Jahre BGH I, S. 129 (174); grundlegend zu der Lehre von den Schutzpflichten: *Kress*, Allgemeines Schuldrecht, S. 5 und S. 583., dessen Ausführungen wohl wiederum die Philosophie *Stabls* zugrunde liegt, siehe *Weitmauer* und *Ehmann* in der Vorrede der Herausgeber zum Neudruck dieser Schrift, S. XXIII; vgl. ferner *Herholz*, AcP 130, S. 257 (276), der auch schon einen Ansatz vom Bestehen eines vom Vertrag unabhängigen Schuldverhältnisses verfolgte (sog. „rechtsgeschäftlich-schuldrechtliche Rahmenbeziehung“).

<sup>1213</sup> Zustimmend: *Thiele*, JZ 1967, S. 649 (654); *Müller*, NJW 1969, S. 2169 (2172 ff.); *Jakobs*, Unmöglichkeit und Vertragserfüllung, S. 38 ff.; *von Lackum*, Verschmelzung und Neuordnung von „culpa in contrahendo“ und „positiver Vertragsverletzung“, S. 158 ff.; *Krebs*, Sonderverbindungen und außervertragliche Schutzpflichten, S. 564; *Gerhardt*, JZ 1970, 535 f.; *Müller-Graff*, Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, S. 247; *Müller-Graff*, JZ 1976, 153 (155 f.); *Nirke*, FS Möhring, S. 71 (73, 78, 100); *Peters*, VersR 1979, 103 (106) I. 4.; *Konzen*, ZfA 1982, S. 259 (285 f.); *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S. 102; a.A.: *Lüsing*, Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung, S. 403, der für eine Durchbrechung der Dichotomie aus Vertrag und Delikt kein Bedürfnis sieht.



Vertragsschluss und werden grundsätzlich auch von der Nichtigkeit des Vertrages nicht angetastet. Da sich das Vertrauensverhältnis aus den besonderen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Rechtsgüter des anderen Teils ergibt, beruht es lediglich auf der tatsächlichen Beziehung der Parteien. Es kann daher nicht durch die Unwirksamkeit des Vertrages beeinflusst werden, denn eine tatsächliche Beziehung kann nicht rückwirkend im Wege einer Fiktion vernichtet werden.

*„Auch bei Nichtigkeit oder wirksamer Anfechtung des Vertrages bleibt ein ‚Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflichten‘ bestehen, das die Grundlage der Schutzpflichten bildet, seine Rechtfertigung in der Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen findet und seine positiv-rechtliche Stütze in § 242 BGB hat.“*<sup>1214</sup>

Daraus erklärt sich auch die Existenz nachvertraglicher Schutzpflichten,<sup>1215</sup> die ohne diese Konstruktion schwerlich erklärbar sind.

Auch aus der Gesetzesbegründung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geht hervor, dass sich aus dem nichtigen Vertrag Rücksichtnahmepflichten ergeben können.<sup>1216</sup> Ursprünglich sollte § 241 Abs. 2 BGB sogar einen Passus enthalten, nach dem Rücksichtspflichten ausdrücklich auch ohne Leistungspflichten bestehen können.<sup>1217</sup> Aus dem letztendlichen Verzicht auf diesen Passus ist kein Umkehrschluss dahingehend zu ziehen, vielmehr hielt die Kommission Leistungsstörungenrecht eine ausdrückliche Regelung neben § 311 Abs. 2 BGB lediglich für nicht erforderlich.<sup>1218</sup>

Nach der Schuldrechtsreform 2002 kann die normative Anknüpfung des Schutzverhältnisses – die *Canaris* noch in § 242 BGB sah – nunmehr an § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB erfolgen.<sup>1219</sup> Daraus folgt, dass die *culpa in contrahendo* vornehmlich in § 311 Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB geregelt ist, während Nr. 3 die Möglichkeit für weitere rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse auch außerhalb des vorver-

<sup>1214</sup> *Canaris*, JZ 1965, S. 475 (477); zustimmend: NK-BGB/Becker, § 311 Rn. 101: „Nichtige Verträge können Sonderverbindungen gem. Abs. 2 Nr. 3 BGB begründen. Denn bei ihnen liegt dieselbe freiwillige Rechtskreisöffnung zur Verwirklichung eines positiven Zwecks wie im vorvertraglichen Bereich vor, durch die die Rechtsgüter den Einwirkungen der Gegenseite ausgesetzt werden.“; ebenso Schwab, JuS 2002, S. 773 (777 f.); Frost, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, S. 220; Esser/Schmidt, SchuldR AT II, S. 139 f.; Larenz, SchuldR AT, S. 118 f.; Palandt/Grüneberg, § 241 Rn. 6; Soergel/Teichmann, 12. Auflage, § 242 Rn. 181.

<sup>1215</sup> Sog. Schuldverhältnis *post contractum finitum*, siehe: von Bar, AcP 179, S. 452 (467 ff.); Strätz, FS Bosch, S. 999 (1003 ff.); BeckOK BGB/Sutschet, § 241 Rn. 45; MüKo BGB/Bachmann BGB § 241 Rn. 118. Vgl. auch BAG, NZA 2009, 671 (674) und Palandt/Grüneberg, § 241 Rn. 6 zur Fortgeltung von Rücksichtnahmepflichten bei ruhendem Arbeitsverhältnis.

<sup>1216</sup> BT-Drucks 14/6040, 125.

<sup>1217</sup> Siehe BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S. 114; der Text wurde zunächst in einem Diskussionsentwurf übernommen, siehe BMJ, Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 4. 8. 2000, S. 305, abgedruckt in Ernst/Zimmermann, Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, S. 619.

<sup>1218</sup> Vgl. *Canaris*, Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 356 Fn. 1.

<sup>1219</sup> Reischl, JuS 2003, S. 40 (43); Staudinger/Olzen (2015), § 241 Rn. 408; a.A.: HKK/Dorn, § 241 Rn. 109.

traglichen Bereichs eröffnet.<sup>1220</sup> Erforderlich ist dazu nur eine ähnliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Rechtsgüter des anderen Teils wie in den Nummern 1 und 2, aus der eine vergleichbare Vertrauensgrundlage erwächst.

Auch bei einer Behandlung ohne Vertrag besteht zwischen Behandelnden und Patienten eine Sonderverbindung, die über das normale Bürger-Bürger-Verhältnis hinausgeht. Der Patient gibt dem Behandelnden die Möglichkeit auf seinen Körper und seine Gesundheit einzuwirken. Der Behandelnde gibt dem Patienten die Möglichkeit von seiner Arbeitsleistung zu profitieren und damit letztlich auf sein Vermögen zuzugreifen. Derartige Einwirkungsmöglichkeiten müssen mit Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB ausgeglichen werden. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass gerade die medizinische Heilbehandlung ein besonders hohes Maß an Vertrauen in Anspruch nimmt.<sup>1221</sup> Es erscheint nicht angemessen, im Falle eines Schadens nur eine deliktische Haftung anzunehmen.<sup>1222</sup>

Allerdings ist auch zu beachten, dass die Annahme eines vertragsähnlichen Schuldverhältnisses dazu beiträgt, den parteilich gewollten Zweck zu erreichen beziehungsweise die eigentlich nichtige vertragliche Vereinbarung der Parteien zu verfestigen. Insbesondere bei Verstößen gegen Verbotsgesetze führt dies zu einer gesetzlich nicht gewollten Sonderverbindung. Der Gesetzgeber hat mit dem Verbot der vertraglich geschuldeten Handlung deutlich gemacht, dass ein entsprechendes Schuldverhältnis gerade nicht entstehen soll. Daher ist fraglich, ob nicht die gesetzliche Wertung der §§ 134 BGB iVm. 2 Abs. 1 BÄO gegen die Annahmen einer solchen vertragsähnlichen Haftung spricht. Es könnte die Nichtigkeitsfolge des § 134 BGB untergraben, wenn – quasi durch die Hintertür – letztlich doch eine Sonderverbindung bejaht wird, die einem Vertrag sehr nahekommt.<sup>1223</sup> So könnte der Behandelnde vertragliche Schadensersatzansprüche geltend machen, die er nach den §§ 134 BGB iVm. 2 Abs. 1 BÄO nicht haben dürfte.

Jedoch geht es hier um einen Schadensersatzanspruch des Patienten und der Patient soll durch das Verbotsgesetz gerade geschützt werden. Unter Schutzgesichtsaspekten erscheint eine Haftung des Behandelnden nicht unangemessen. Vielmehr wäre die Haftung sogar geeignet, die generalpräventive Wirkung der

<sup>1220</sup> *Canaris*, JZ 2001, S. 499 (520); *Danner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Fälle zum neuen Schuldrecht, S. 205; *Schwab*, JuS 2002, S. 773 (777 f.); *Reischl*, JuS 2003, S. 40 (43); *Lüsing*, Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung, S. 144.

<sup>1221</sup> Vgl. hierzu den alternativen Begründungsansatz der *cic*, der eine allgemeine Berufshaftung herausgehobener Professionen postuliert: *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, S. 406 f.; *Hopt*, FS R. Fischer, S. 237 (252); *Hopt* AcP 183, S. 608; *von Bar*, ZGR 1983, S. 476 (506 ff.), allerdings nicht zur *cic* sondern bezüglich deliktsrechtlicher Verkehrssicherungspflichten iRd § 823 Abs. 2 BGB; *Lang*, AcP 201, S. 451, (536 ff.); *Lammel*, AcP 179, S. 337 (365); dagegen: BGH, NJW 1995, 1213 (1214) für einen bestellten Betreuer; BGH, NJW-RR 1991, 1312 (1314) für den GmbH-Geschäftsführer; BGH, NJW 1991, 32 (33) und BGH, NJW 1989, 293 (294) für einen Rechtsanwalt; siehe hierzu auch *Zugehör*, NJW 2000, S. 1601, (1609); *Brors*, ZGS 2005, S. 142 (147).

<sup>1222</sup> *Canaris*, JZ 1965, S. 475 (476).

<sup>1223</sup> Vgl. NK-BGB/*Becker*, § 311 Rn. 101.

Verbotsvorschrift zu unterstützen: Der Behandelnde verliert nicht nur seinen Primäranspruch und muss das gezahlte Honorar zurückerstatten, sondern haftet darüber hinaus auch noch vertraglich auf Schadensersatz.

Und auch die Kehrseite der Medaille scheint hinnehmbar: Zwar würde auch im umgekehrten Verhältnis der Patient gegenüber dem Behandelnden bei einer Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB haften.<sup>1224</sup> Die Fälle der Verletzung einer Rücksichtnahmepflicht durch den Patienten dürften aber die Ausnahme bleiben. Der Behandelnde ist ja gerade in der Position, die ihm eine intensive Einflussnahme auf die Rechtsgüter des Patienten ermöglicht. Die Möglichkeiten des Patienten, Rechtsgüter des Behandelnden zu verletzen, sind demgegenüber zu vernachlässigen.

Dieses Ergebnis wird auch durch Stimmen in der Literatur gestützt. Ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB wird dort mit Blick auf § 134 BGB verneint, wenn die Vertragsparteien nicht schutzwürdig sind. Richtet sich ein gesetzliches Verbot also gegen beide Parteien, ist ein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB zu verneinen.<sup>1225</sup> Gleiches gelte zwar auch, wenn § 817 S. 2 BGB anwendbar ist, da die Rechtsordnung in diesem Fall den Unwirksamkeitsgrund höher gewichte als den Gedanken der Verteilungsgerechtigkeit.<sup>1226</sup> Damit kann aber nur gemeint sein, dass im Falle eines Ausschlusses des Bereicherungsanspruchs des Geschädigten kein Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB entsteht, weil sonst die Wirkung des Kondiktionsausschlusses unterlaufen werden könnte. Auf den Anspruch des Patienten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ist § 817 S. 2 BGB aber gar nicht anwendbar.

Zwischen Behandelndem und Patienten bestand daher zum Zeitpunkt des Heileingriffs eine Sonderbeziehung mit Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB, § 311 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Weiterhin bestand schon vor Abschluss des später *ex tunc* nichtigen Behandlungsvertrages ein vorvertragliches Schuldverhältnis aus § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB zwischen Behandelndem und Patienten. Danach entsteht ein solches auch durch die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut. Auch im Vorfeld des Abschlusses des eigentlichen Behandlungsvertrages wird der Behandelnde im Gespräch mit dem Patienten die Möglichkeit gehabt haben, auf dessen Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG einzuwirken und ihn zum

---

<sup>1224</sup> Das gilt nicht, wenn der Behandelnde Kenntnis von den Rücknahmegründen hatte und den Patienten nicht darüber informiert hat. Siehe dazu sogleich unter § 8 II. 7.

<sup>1225</sup> NK-BGB/*Becker*, § 311 Rn. 101; vgl. auch schon *Dölle*, ZStaatsW 103, S. 67 (84).

<sup>1226</sup> NK-BGB/*Becker*, § 311 Rn. 101; a.A.: *Canaris*, JZ 1965, S. 475 (482).

Vertragsschluss zu bewegen. Für ein solches Verhältnis reicht es bereits aus, wenn der Patient mit dem Behandelnden einen Termin vereinbart hat.<sup>1227</sup>

### *b. Pflichtverletzung*

Der Behandelnde müsste eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt haben. In Betracht kommen nur Verletzungen von Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB. Danach sind die Parteien gegenseitig zur Rücksicht auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet.

#### aa. Heilbehandlung als Körperverletzung

Geht man davon aus, dass der Behandelnde bei seinen Patienten zumindest minimalinvasive beziehungsweise medikamentöse Eingriffe vornimmt, kommt zunächst eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht auf die Rechtsgüter Körper und Gesundheit in Betracht.<sup>1228</sup> Denn eine Körperverletzung stellt jede Verletzung der äußeren körperlichen Integrität einschließlich der Zufügung von Schmerzen dar, sodass schon der Stich mit einer Injektionsnadel den Tatbestand erfüllt. Auch eine Gesundheitsverletzung, also eine behandlungsbedürftige Störung der inneren Lebensvorgänge, wird in der Regel zu bejahen sein.<sup>1229</sup>

Damit öffnet sich die Tür zu einer alten Kontroverse, die bis auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen aus dem Jahr 1894<sup>1230</sup> zurückgeht. Es qualifizierte den ärztlichen Heileingriff als tatbestandliche Körperverletzung, hielt selbige aber für gerechtfertigt, solange der Patient in die ärztliche Maßnahme eingewilligt hatte.<sup>1231</sup> Damit wird letztlich eine Einschränkung des Tatbestandes einer Körperverletzung in zeitlicher sowie subjektiver Hinsicht vorgenommen: Gegenstand der Betrachtung ist die ärztliche Maßnahme zum Zeitpunkt ihrer Vornahme ohne Rücksicht auf eine später eintretende Gesundheitsverbesserung oder den Willen des Arztes, einen Heilerfolg herbeizuführen.<sup>1232</sup> Dieser sogenannten Körperverletzungsdoktrin haben sich sowohl die Straf- als auch die Zivilsenate des Bundesgerichtshofes angeschlossen.<sup>1233</sup>

Allerdings erfährt diese Judikatur von verschiedenen Seiten massive Kritik. Da wäre zunächst die Ärzteschaft, die sich seit jeher dagegen wehrt, in einem Atem-

<sup>1227</sup> Staudinger/*Feldmann* (2018), § 311 Rn. 111.

<sup>1228</sup> Eine Unterscheidung zwischen den Rechtsgütern wird in der Regel nicht vorgenommen, da eine Verletzung jeweils dieselbe Rechtsfolge auslöst, siehe *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, S. 111. Daher wird im Folgenden nur noch von der Körperverletzung die Rede sein.

<sup>1229</sup> Definitionen entnommen aus Staudinger/*Hager* (2017), § 823 Rn. B 5.

<sup>1230</sup> RGSt 25, 375.

<sup>1231</sup> RGSt 25, 375 (380); siehe auch die späteren Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen: RGZ 68, 431 (433); 88, 433 (436); 151, 349 (352); 163, 129 (137); 168, 206 (210).

<sup>1232</sup> Laufs/*Katzenmeier*/*Lipp*/*Katzenmeier*, Kapitel V Rn. 8.

<sup>1233</sup> BGHZ 7, 198 (206); BGHZ 29, 46 (49); 29 176 (179); 106, 391 (397 f.); BGH, NJW 1956, 1106 (1107); 2006, 2108 Rn. 6 [alle zu § 823 BGB]; BGH, NJW 2011, 1088 (1089) Rn. 9 [zu § 223 StGB].

zug mit Messerstechern und Schlägern genannt zu werden.<sup>1234</sup> Die Einordnung als Körperverletzung hat im Zivilrecht jedoch allein den Zweck festzustellen, ob ein deliktisch geschütztes Rechtsgut verletzt wurde. Ein persönliches Unwerturteil wird dadurch – anders als im Strafrecht (!) – nicht gefällt. Die Einordnung einer Handlung als Körperverletzung ist rechtstechnisch zu verstehen. Sie dient letztlich nur dazu festzustellen, ob eine bestimmte Rechtsposition überhaupt von § 823 Abs. 1 BGB<sup>1235</sup> geschützt wird. Anders gesagt: Die Feststellung einer Körperverletzung nach § 823 Abs. 1 BGB macht den Arzt nicht zu einem schlechteren Menschen, sie dient nur der Feststellung, ob die betroffene Rechtsposition des Patienten in den Schutzbereich des § 823 Abs. 1 BGB fällt. Hieraus ein moralisches Urteil über den Verletzenden abzuleiten, wäre verfehlt,<sup>1236</sup> die negative Bewertung folgt nicht aus der Rechtsgutsverletzung, sondern liegt erst in der Feststellung der Rechtswidrigkeit.<sup>1237</sup>

Neben dieser „*emotionell gefärbten*“<sup>1238</sup> Kritik der Ärzteschaft, die eher auf das ärztliche Berufsethos zurückzuführen ist, untermauert die juristische Literatur<sup>1239</sup>

---

<sup>1234</sup> Siehe die Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Chirurgie zu Fragen der Strafrechtsreform mit ärztlichem Einschlag aus dem Jahre 1958: „*Diese wahrhaft humanitäre Tätigkeit hat wesensmäßig mit Körperverletzung durch gewalttätige Verbrecher oder Messerhelden de facto nicht das allergeringste zu tun*“ (abgedruckt bei *Schreiber*, Zeitschrift für die ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung 1998, S. 568. Siehe auch *Weyers/Mirtsching*, JuS 1980, S. 317 (320); *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 439 f.; *Büttner*, FS Geiß, S. 355 f.

<sup>1235</sup> Die Arzthaftung ist deliktsrechtliche geprägt, sodass die Körperverletzungsdoktrin im Zivilrecht an § 823 Abs. 1 BGB entwickelt wurde. Es spricht aber nichts dagegen, die aufgestellten Grundsätze auch auf das Vertrags- bzw. Quasivertragsrecht anzuwenden.

<sup>1236</sup> MüKo BGB/*Wagner*, Vor § 630a Rn. 15; RGRK/*Nießgens*, § 823 Rn. 65.

<sup>1237</sup> *Deutsch*, NJW 1965, S. 1985 (1986).

<sup>1238</sup> *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 3.

<sup>1239</sup> Kritische gegenüber der Rechtsprechung zeigt sich insbesondere die strafrechtliche Literatur: *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 439 f.; *Schröder*, Besondere Strafvorschriften gegen eigenmächtige und fehlerhafte Heilbehandlung?, S. 19; *Lackner/Kühl/Kühl*, § 223 Rn. 8; *Leipziger Kommentar StGB/Lilie*, Vor §§ 223 Rn. 3 ff.; *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 20; *Ulsenheimer/Ulsenheimer*, Rn. 324 ff.; *Spickhoff/Knauer/Brose*, § 223 StGB Rn. 20; differenzierend: MüKo StGB/*Joeks (Hardung)*, § 223 Rn. 53 ff.; für die Einführung eines Tatbestandes des „Patientenverrats“ de lege ferenda: *Duttge*, MedR 2005, S. 706 (709); a.A. *Krey/Heinrich/Hellmann*, Strafr BT I, Rn. 217 ff. mwN; aus der zivilrechtlichen Literatur zeigen sich kritisch: *Wiethölter*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 106 f.; *Lauf*, NJW 1969, S. 529 (531 f.); *Lauf*, NJW 1974, S. 2025 (2026); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 383 f.; *Esser/Weyers*, Schuldrecht II/2, S. 154 ff.; *Brüggemeier*, Deliktsrecht Rn. 699 ff.; *Hart*, FS Heinrichs, S. 291 (318); *Damm*, JZ 1998, S. 926 (928); *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich*, NJW 2001, S. 863 (868); *Büttner*, FS Geiß, S. 353 ff.; *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, A 15 f.; und zunächst noch: *Katzenmeier*, ZRP 1997, S. 156 (160 f.), siehe aber auch: *Katzenmeier*, Arzthaftung, § 2 III 1 und § 6 III 1, wo zwar noch in Richtung eines Tatbestandswechsels argumentiert wird, dem Streit jedoch eine tiefgreifende Bedeutung abgesprochen wird; der Rspr zustimmend: *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 204 (211 f.); *Deutsch*, NJW 1965, S. 1985; *Obby*, Volenti non fit iniuria, S. 243; *Rosener*, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 10; RGRK/*Nießgens* § 823 Anh. II Rn. 65; *Wagner*, VersR 2012, S. 789 (793); BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 104; MüKo BGB/*Wagner*, § 823 Rn. 911 f.; Spick-

ihre Kritik mit dogmatischen Argumenten: Der ärztliche Heileingriff sei seinem sozialen Sinn nach nicht auf eine Verletzung gerichtet, sondern im Gegenteil auf Heilung des Patienten.<sup>1240</sup> Richtigerweise entspricht es aber gerade der Sozialanschauung, das Zustechen mit einer Spritze oder den Schnitt mit einem Skalpell als Körperverletzung einzuordnen. Man stelle sich nur einmal vor, nicht der Arzt führe die Spritze, sondern ein HIV-infizierter Drogenabhängiger. Allein der subjektive Wille des Arztes zu heilen, schließt eine Rechtsgutsverletzung nicht aus. Auch im Falle anderweitiger Rechtsgutsverletzungen kommt es auf den „guten Willen“ des Schädigers nicht an.<sup>1241</sup>

Gegen die Körperverletzungsdoktrin wird vor allem eingewendet, der Unrechtsgehalt eines Heileingriffs ohne *informed consent* liege nicht in einer körperlichen Beeinträchtigung, sondern in der Beeinträchtigung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten.<sup>1242</sup>

Dieser Feststellung lässt sich ein richtiger Kern abgewinnen, jedoch geht mit der Verletzung eines Rechtsgutes immer auch eine Verletzung des Rechtes einher, über dieses Rechtsgut zu verfügen.<sup>1243</sup> Eine Schädigung des Eigentums stellt beispielsweise immer auch eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes über das Eigentum dar.<sup>1244</sup> Daraus ergibt sich die Konsequenz, dass der Schutz der Rechtsgüter Körper und Gesundheit den Schutz der Freiheit mitumfasst, über diese Rechtsgüter zu disponieren. Das Selbstbestimmungsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit sind damit Ausdruck ein und derselben Rechtsposition.<sup>1245</sup>

Ein weiterer Ansatzpunkt ist die Beweislastverteilung. Die Lösung der Problematik im Rahmen der Rechtfertigung ist im Deliktsrecht so attraktiv, weil dadurch der Arzt die Beweislast für den *informed consent* trägt. Denn die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung wird nach der Lehre vom Erfolgsunrecht indi-

---

hoff/Greiner, § 839 BGB Rn. 200 f.; Deutsch/Spickhoff, Rn. 300; Soergel/Spickhoff § 823 Anh. I Rn. 52; Staudinger/Hager (2017), § 823 Rn. I 3.

<sup>1240</sup> Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, S. 439; Brüggemeier, Deliktsrecht Rn. 634.

<sup>1241</sup> MüKo BGB/Wagner, Vor § 630a Rn. 15; vgl. auch Fischer, StGB, § 223 Rn. 20.

<sup>1242</sup> Weitnauer, DB 1961, Beilage Nr. 21, S. 1 und 5 f.; Wietböller, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 106 f.; Kleinewefers, VersR 1962, S. 197; Taupitz, Gutachten 63. DJT, A 15 f.; Katzenmeier, Arzthaftung S. 118 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, Kapitel V Rn. 12 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 383 f.; Esser/Weyers, Schuldrecht II/2, S. 155.

<sup>1243</sup> OLG Dresden, NJW 2004, 298 (299); KG, VersR 2004, 1320; Deutsch, NJW 1965, S. 1985 (1989); Jungnickel/Meinel, MDR 1988, S. 456 (458); Deutsch, AcP 192, S. 161 (165); Nüßgens, FS Hauß, S. 287 (291); Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthafungsrecht, S. 240 f.; Laufs/Kern/Rehborn/Kern/Rehborn, § 102 Rn. 5; Staudinger/Hager (2017), § 823 Rn. I 3; auch erkannt von Taupitz, Gutachten 63. DJT, A 15 f. (Fn. 31).

<sup>1244</sup> Beispiel entnommen aus: Nüßgens, FS Hauß, S. 287 (291).

<sup>1245</sup> Deutsch, NJW 1965, S. 1985, (1989); Wagner, VersR 2012, S. 789 (793); Gleixner-Eberle, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, S. 230 f.; MüKo BGB/Wagner, Vor § 630a Rn. 15; Deutsch/Spickhoff, Rn. 528; BeckOGK BGB/Spindler, § 823 Rn. 765.1.

ziert.<sup>1246</sup> Verlagert man die Frage aber in den Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB, hätte der Patient die Körperverletzung durch die Vornahme der Behandlung ohne *informed consent* nachzuweisen.<sup>1247</sup> Dieser Nachweis dürfte ihm im Regelfall deutlich schwerer fallen als dem Arzt, den eine Dokumentationspflicht trifft. Von den Kritikern der Körperverletzungsdoktrin wird daher eine Beweislastumkehr auch auf Tatbestandsebene vorgeschlagen,<sup>1248</sup> die für die vertragliche Haftung nunmehr in § 630h Abs. 2 und 3 BGB geregelt wurde.

Für die Auffassung der Rechtsprechung spricht schließlich noch folgendes: Ein Wechsel weg von der Körperverletzung hin zu einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts benachteiligt die Rechtsposition des Patienten. Im Falle einer leichten Verletzung der Aufklärungspflicht, die letztlich einen schweren Gesundheitsschaden nach sich zieht, hätte der Patient nur Anspruch auf Ersatz solcher Schäden, die kausal auf die leichte Persönlichkeitsrechtsverletzung zurückzuführen sind. Der schwere Gesundheitsschaden fällt nicht darunter, weil der Schutzzweck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht auch den Körper oder die Gesundheit des Betroffenen umfasst.<sup>1249</sup> Auch wären Vermögensschäden nicht ersatzfähig, weil diese nicht vom Schutzzweck des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst sind.<sup>1250</sup> Schließlich hängt die Gewährung von Schmerzensgeld im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung vom Vorliegen besonderer Voraussetzungen ab, die es im Falle einer Körperverletzung nicht gibt.<sup>1251</sup> Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind nur ersatzfähig, wenn sie eine gewisse Erheblichkeit erreichen und den Schädiger eine besonders schwere Schuld trifft. Ferner wird verlangt, dass die erlittenen Nachteile nicht anderweitig kompensiert werden können.<sup>1252</sup> Ein Tatbestandswechsel hin zu einer Persönlichkeitsrechtsverletzung wäre für den Patienten daher nachteilig, weil ein Schadensersatzanspruch von höheren Voraussetzungen abhinge.

Folglich sprechen die besseren Argumente dafür, der Ansicht der Rechtsprechung zu folgen und bei einem ärztlichen Heileingriff ohne rechtfertigende Einwilligung eine Körperverletzung zu bejahen.

---

<sup>1246</sup> So schon RGZ 50, 60 (65 ff.); siehe ferner BeckOGK BGB/*Specht-Riemenschneider*, § 823 Rn. 1092.

<sup>1247</sup> *Nießgens*, FS Hauß, S. 287 (291).

<sup>1248</sup> *Katzenmeier*, ZRP 1997, S. 156 (161); *Hart*, FS Heinrichs, S. 291, (317); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 383 f. Diese Art der Beweislastverteilung für den Fall, dass man nur eine Persönlichkeitsrechtsverletzung annimmt, akzeptieren auch *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 411; anders dagegen: *Büttner*, FS Geiß, S. 362, wonach die Beweislast dem Patienten zugewiesen werden könne.

<sup>1249</sup> *Kleinenwebers*, VersR 1962, S. 197; *Deutsch*, NJW 1965, S. 1985 (1989); *Nießgens*, FS Hauß, S. 287 (291); *Laufs/Kern/Rehborn/Kern/Rehborn*, § 102 Rn. 5.

<sup>1250</sup> *Nießgens*, FS Hauß, S. 287 (291).

<sup>1251</sup> *Deutsch*, NJW 1965, S. 1985 (1989); *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 3; MüKo BGB/*Wagner*, § 630a Rn. 16; BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn 765.1; BGB-RGRK/*Nießgens*, § 823 Anh II Rn 65.

<sup>1252</sup> BGHZ 35 363 (369); 95, 212 (215); 128, 1 (15 f.); 132, 13 (27); ebenso *Weyers/Mirtsching*, JuS 1980, S. 317 (320); *Prinz*, NJW 1996, S. 953 (954); *Janda*, JZ 2012, S. 932 (939); *Kötz/Wagner*, DeliktsR Rn. 420; BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn 765.1.

## (1) Einwilligung

Damit ist jeder Heileingriff des Behandelnden als Körperverletzung zu betrachten. Sie stellt nur dann keine Schutzpflichtverletzung nach § 241 Abs. 2 BGB dar, wenn sie durch einen *informed consent* gerechtfertigt ist. Die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung wird im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB zwar nicht explizit erwähnt, sie ist jedoch in den Tatbestand hineinzulesen. Im Falle eines Rechtfertigungsgrundes kann eine Pflichtverletzung nicht zum Schadensersatz führen.<sup>1253</sup> Bei einer Schutzpflichtverletzung besteht mit Blick auf die Rechtswidrigkeit kein Unterschied zwischen quasivertraglicher und deliktischer Haftung, die Dogmatik der deliktischen Rechtfertigungsgründe ist auch hier anzuwenden.<sup>1254</sup>

Auch wenn eine rechtfertigende Einwilligung ursprünglich vorlag, könnte sie durch den rückwirkenden Approbationsentzug weggefallen sein. Dafür gibt es zwei mögliche Anknüpfungspunkte. Zunächst kann schon die Aufklärung fehlerhaft sein (a). Daneben kann aber auch die darauf aufbauende Einwilligung als solche unwirksam sein (b).

## (a) Fehlerhafte Aufklärung

## (aa) Notwendigkeit der Aufklärung über die fehlende Approbation

Zunächst könnte die Einwilligung auf dem Fundament einer unzureichenden Aufklärung errichtet und damit unwirksam sein. Denn die Einwilligung kann den körperlichen Eingriff nur soweit legitimieren, wie der Patient über die medizinische Maßnahme informiert wurde.<sup>1255</sup>

Hierbei kann zwischen formellen und materiellen Fehlern unterschieden werden. Die Aufklärung kann schon deshalb fehlerhaft sein, weil die aufklärende Person hierzu nicht hinreichend qualifiziert war (formeller Fehler). § 630e Abs. 2 Nr. 1 BGB<sup>1256</sup> regelt nunmehr, dass die Aufklärung durch den Behandelnden oder durch eine Person erfolgen muss, die über die zur Durchführung der Maßnahme notwendige Ausbildung verfügt. Hat der Behandelnde also die Approbation erschlichen und in Wahrheit nicht die erforderliche Ausbildung abgeschlossen, wäre die Einwilligung schon unwirksam, weil nicht durch eine hinreichend qualifizierte Person aufgeklärt wurde.

Darüber hinaus kommen auch Fehler bezüglich des Inhalts der Aufklärung in Betracht (materieller Fehler). Diesbezüglich stellt sich zunächst die Frage, ob der Behandelnde den Patienten über die fehlende Approbation aufklären muss.

<sup>1253</sup> NK-BGB/*Dauner-Lieb*, §. 280 Rn. 37.

<sup>1254</sup> BeckOGK BGB/*Riehm*, § 280 Rn. 175.

<sup>1255</sup> Spickhoff/*Spickhoff*, § 630e BGB Rn. 1.

<sup>1256</sup> Die Neuregelung des Behandlungsvertrages sollte insbesondere das deliktisch geprägte Arzthaftungsrecht in Gesetzesform gießen. Keinesfalls sollte die Anwendbarkeit der richterrechtlich entwickelten Regeln auf das Vertragsrecht begrenzt werden. Es kann daher auch bei nichtigem Behandlungsvertrag iRd der Überprüfung quasivertraglicher oder deliktischer Ansprüche auf die § 630a ff. BGB zurückgegriffen werden, siehe BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 797.



Hintergrund der Aufklärungspflicht ist, dem Patienten die notwendige Tatsachengrundlage zu verschaffen, damit dieser sein Selbstbestimmungsrecht wahrnehmen kann. Demnach muss die Aufklärung alle Informationen enthalten, die der Patient benötigt, um darüber zu entscheiden, ob und wie er behandelt werden möchte.<sup>1257</sup> Darunter fallen zunächst sowohl die Heilungsaussichten als auch die Möglichkeit etwaiger Schäden. Der Patient soll in die Lage versetzt werden, zwischen Risiken und Nutzen der Behandlung abzuwägen. In jedem Fall ist eine Aufklärung „über Verlauf, Chancen und Risiken der Behandlung „im Großen und Ganzen“ erforderlich. Dem Patienten

*„muss als medizinischen Laien eine zutreffende Vorstellung davon vermittelt werden, wie ihm nach medizinischer Erfahrung durch Diagnosemaßnahmen und Therapie geholfen werden kann, aber auch welchen Gefahren er sich dabei aussetzt.“*<sup>1258</sup>

Mit der Normierung des Behandlungsvertrages in den §§ 630a ff. BGB hat der Gesetzgeber auch den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflichten – allerdings nicht abschließend – kodifiziert: Nach § 630e Abs. 1 S. 1 BGB ist der Behandelnde verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentliche Umstände aufzuklären. Unter diese wesentlichen Umstände fällt auch die Frage, ob der Behandelnde approbiert ist. Denn die Approbation gibt Auskunft über die grundsätzliche Eignung zur Ausübung der Heilkunde.

Zwar beziehen sich Rechtsprechung und Schrifttum mit Blick auf den Umfang der Aufklärungspflicht im Wesentlichen auf die Behandlung als solche. Die Information über Vorteile, Risiken und mögliche Alternativen dienen aber dem Zweck, den Patienten in die Lage zu versetzen, eine fundierte Entscheidung zu treffen. Er selbst soll Nutzen und Risiken gegeneinander abwägen können. Dazu ist aber auch die Qualifikation des Behandelnden elementar,<sup>1259</sup> denn ein diesbezüglicher Mangel ist geeignet, die Risiken der Behandlung wesentlich zu erhöhen. Sie ist sogar so elementar, dass sie im Normalfall eines approbierten Mediziners überhaupt nicht mehr erwähnt wird. Der Patient darf grundsätzlich davon ausgehen, dass ein in Deutschland tätiger Mediziner auch die Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ hat. Das ändert aber nichts an der Verpflichtung des Behandelnden, den Patienten darüber aufzuklären, sollte ihm die Ausübung der Heilkunde verboten sein. Das gebietet schon der Schutz des Patienten vor der Behandlung durch unkundige Personen.<sup>1260</sup> Durch die Aufklärung ist diesem die Möglichkeit zu verschaffen, die Behandlung von jemand anderem vornehmen zu lassen.

---

<sup>1257</sup> Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Katzenmeier*, Kapitel V Rn. 6 f.; Hart, FS Heinrichs, S. 315.

<sup>1258</sup> BGHZ 106, 391 (399).

<sup>1259</sup> Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 453, wonach der Arzt auf besser qualifizierte Kollegen hinweisen muss. Dann muss er aber erst recht darüber aufklären, dass er selber unqualifiziert ist.

<sup>1260</sup> Vgl. OLG Nürnberg, VersR 2009, 786, wo schon die Täuschung über die fachärztliche Qualifikation des Behandelnden zu einem Schadensersatzanspruch führte.

## (bb) Folgen der Rückwirkung

Im Falle der Rücknahme besteht allerdings wieder die Besonderheit der Rückwirkungsfiktion. Faktisch verfügte der Behandelnde zum Zeitpunkt der Heilbehandlung über eine Approbation. Man würde etwas Unmögliches verlangen, müsste der Behandelnde zum Zeitpunkt der Behandlung über etwas aufklären, was es noch gar nicht gibt und wovon er und auch jeder andere mithin keine Kenntnis haben kann. Insofern ist die Aufklärungspflicht über die fehlende Approbation als solche zu verneinen.

Fraglich ist aber, ob den Behandelnden eine Aufklärungspflicht über den jeweiligen Rücknahmegrund trifft. Dabei ist zwischen den verschiedenen Rücknahmegründen des § 5 BÄO zu differenzieren: So dürfte der Behandelnde im Hinblick auf die Patientensicherheit zwar eine Aufklärungspflicht über die Tatsache haben, dass er seine Prüfungszeugnisse gefälscht hat und somit nie den Nachweis seiner medizinischen Qualifikation erbracht hat (unabhängig davon, ob hierin nicht auch bereits ein formeller Fehler liegt, weil der Behandelnde für die Aufklärung nicht hinreichend qualifiziert ist). Gleiches gilt, wenn der Behandelnde weiß, dass er schon bei Approbationserteilung gesundheitlich nicht in der Lage war, den Arztberuf auszuüben und sich hieran nichts geändert hat. Hat er die Eignung dagegen in der Zwischenzeit wiedererlangt, ist keine Aufklärung über den Rücknahmegrund erforderlich. In diesem Fall würde es auch gar nicht zu einer Rücknahme kommen, weil der Behörde gerade für diesen Fall ein Ermessen eingeräumt wird.<sup>1261</sup>

Auch wird über eine Straftat, die bei Kenntnis im Zeitpunkt der Approbationserteilung die Feststellung der Unwürdigkeit zur Folge gehabt hätte, nicht in jedem Fall eine Aufklärungspflicht bestehen. Hintergrund sind die verschiedenen Schutzrichtungen, die der Aufklärungspflicht und die Rücknahme wegen Unwürdigkeit zukommen: Wie gezeigt wurde, dient die Rücknahme wegen Unwürdigkeit des Behandelnden dem Gesundheitsschutz der Allgemeinheit, indem das Vertrauen in den ärztlichen Berufsstand aufrechterhalten wird.<sup>1262</sup> Aber nicht jedes Fehlverhalten, das das Vertrauen in die Ärzteschaft beschädigt, führt auch zu einer Gefährdung des einzelnen Patienten. Denn die Tat müsste mit dem Heileingriff in einem Zusammenhang stehen, der es erlaubt, Rückschlüsse auf die Qualität der Behandlung und insbesondere ihre Risiken zu ziehen. Insoweit hängt die Frage der mangelhaften Aufklärung über die Rücknahmegründe also vom Einzelfall ab. Hat der Behandelnde beispielsweise vor der Approbation Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung begangen, so lässt dies durchaus Rückschlüsse auf Risiken der Behandlung im Hinblick auf eine etwaige Wiederholungsgefahr zu, sodass eine Aufklärungspflicht zu bejahen wäre. Hat der Behandelnde dagegen mehrere Betrugsstraftaten begangen, so ist ein Bezug auf die Qualität der Behandlung nur schwer zu erkennen und eine Aufklärungspflicht daher abzulehnen.

---

<sup>1261</sup> Siehe hierzu bereits unter § 2 II. 1.

<sup>1262</sup> Siehe hierzu unter § 2 I. 2. a. aa.

Häufig wird neben der Unwürdigkeit auch die Unzuverlässigkeit zu bejahen sein, die eine Gefährdung des einzelnen Patienten schon deshalb nahelegt, weil sie von der Prognose abhängig ist, ob es später zu einer Berufspflichtverletzung des Behandelnden kommen wird.<sup>1263</sup> Aber auch ein Verhalten, welches die Unzuverlässigkeit nach sich zieht, ist nicht zwangsläufig mit einer Gefährdung durch den Heileingriff als solchen verbunden, sodass man im Falle der Rücknahme wegen Unzuverlässigkeit ebenfalls nicht pauschal von einer Aufklärungspflichtverletzung ausgehen kann.

(aaa) *Nemo tenetur*-Grundsatz

Mit Blick auf die Behauptung, der Behandelnde müsse seine Patienten über bisher nicht verfolgte Straftaten aufklären, könnte man schließlich in Frage stellen, ob dies mit dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* vereinbar ist. Der Schutz vor Selbstbelastung ist Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, welches wiederum in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fällt.<sup>1264</sup> Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts soll grundsätzlich niemand durch den Staat „in eine Konfliktlage gebracht werden, in der er sich selbst strafbarer Handlungen oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss“<sup>1265</sup>

Man wird davon ausgehen dürfen, dass ein Patient, der Kenntnis von einer Straftat des Behandelnden erlangt hat, dieses Wissen nicht für sich behält, sondern bei der Strafverfolgungsbehörde meldet. Faktisch würde man den Behandelnden mit der Pflicht zur Preisgabe also dazu zwingen, sich selbst zu belasten.

Allerdings gilt der Grundsatz des Schutzes vor Selbstbelastung nur im Strafverfahren absolut.<sup>1266</sup> Außerhalb des Strafverfahrens gilt er dagegen nicht uneingeschränkt.<sup>1267</sup> Tritt neben das staatliche Strafverfolgungsinteresse ein grundrechtlich geschütztes Interesse Dritter, muss vielmehr eine Abwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem anderen Schutzzut erfolgen.<sup>1268</sup>

Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Behandelnden aus Art. 2 Abs. 1 GG ist im Falle der Aufklärungspflicht über eine Straftat der Schutz der Gesundheit des Patienten aus Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten.

Da der Menschenwürdegehalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG keinerlei Einschränkungsmöglichkeit bereithält, ergibt sich dessen Einschränkungbarkeit aus der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1. Nach einhelliger Auffassung enthält diese einen weitreichenden Rechtsvorbehalt, der zwar auch die

<sup>1263</sup> Für eine Aufklärungspflicht über die eigene Unzuverlässigkeit spricht sich auch *Dann*, MedR 2007, S. 238 (241) aus.

<sup>1264</sup> BVerfGE 96, 171 (181).

<sup>1265</sup> BVerfGE 95, 220 (241).

<sup>1266</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 GG Rn. 188; Ulsenheimer/*Ulsenheimer*, Rn. 1199 f.

<sup>1267</sup> *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, NJW 2000, S. 1749 (1751); *Kett-Straub/Sipos-Lay*, MedR 2014, S. 867 (869).

<sup>1268</sup> Ulsenheimer/*Ulsenheimer*, Rn. 1200; *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (16); ähnlich *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, NJW 2000, S. 1749 (1755).

Einschränkung durch formelle Gesetze ermöglicht, gleichzeitig aber darüber hinausgeht.<sup>1269</sup> Danach könnte das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur durch formelle Gesetze, sondern beispielsweise auch durch Verordnungen oder Satzungen eingeschränkt werden. Eingriffe in Art. 2 Abs. 1 GG sind somit zumindest theoretisch weitgehender möglich als in Art. 2 Abs. 2 GG, welcher nur unter einem einfachen Gesetzesvorbehalt steht, sodass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit abstrakt gesehen überwiegt.

Im Rahmen der konkreten Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der mit der Behandlung durch einen gefährlichen Behandelnden verbundene Eingriff in das Rechtsgut der Gesundheit des Patienten von besonderem Gewicht ist.<sup>1270</sup> Zwar ist auch der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Behandelnden, der sich aus der Aufklärungspflicht über sein Fehlverhalten ergibt, von gewichtiger Natur. Allerdings ist zu beachten, dass die Aufklärungspflicht des Behandelnden allein daraus entspringt, dass er trotz seines strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens – und der daraus resultierenden Ungeeignetheit für den Arztberuf – weiterhin Behandlungsverträge schließt und dann seine vertragliche Pflicht zur Heilbehandlung erfüllt. Von Zwang hinsichtlich der Preisgabe der Straftat kann keine Rede sein, es ist letztlich die freie Entscheidung des Behandelnden, trotz der möglichen Patientengefährdung durch seine Person Heileingriffe vorzunehmen. Tut er dies, entgegen seiner ärztlichen Berufspflicht die Gesundheit des Patienten zu schützen, muss er auch die Konsequenz tragen, dass er den Patienten über Risiken zu unterrichten hat, die von seiner Person ausgehen.<sup>1271</sup>

Die Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund hat zur Konsequenz, dass der Behandelnde die ärztliche Tätigkeit unterlassen muss, wenn ihm die Umstände bekannt sind, aus denen sich ein Rücknahmegrund ergibt. Der damit verbundene mittelbare Eingriff in seine Berufsfreiheit aus Art. 12 GG ist ebenfalls verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Das ergibt sich schon daraus, dass auch das mit der Rücknahme einhergehende, unmittelbare Berufsverbot verfassungsrechtlich zulässig ist.<sup>1272</sup> Gleiches muss dann für das mittelbare Berufsverbot gelten, welches in der Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund liegt. Der Patientenschutz vor einem ungeeigneten Behandelnden überwiegt in diesem Falle die Berufsfreiheit.

Die Problematik ist im Übrigen mit der Situation vergleichbar, in der einem Arzt ein Behandlungsfehler unterläuft und sich die Frage stellt, ob er den Patienten hierüber informieren muss. Denn auch in diesem Falle hätte die Aufklärung durch den Arzt möglicherweise die Konsequenz, dass der Patient ihn aufgrund

---

<sup>1269</sup> Maunz/Dürig/*Di Fabio*, Art. 2 Abs. 1 GG Rn. 38 mwN.

<sup>1270</sup> Vgl. *Dann*, MedR 2007, S. 638 (641).

<sup>1271</sup> Ebenso *Dann*, MedR 2007, S. 638 (639 und 640), der eine grundrechtsrelevante Zwangswirkung für diesen Fall jedoch fälschlicherweise vollständig ausschließt. Wie oben gezeigt wurde, hat die Pflicht zur Preisgabe des Fehlverhaltens gegenüber dem Patienten mittelbar aber auch die Preisgabe gegenüber dem Staat zu Folge.

<sup>1272</sup> Siehe hierzu schon die Ausführungen unter § 2 II. 1. a.

des Behandlungsfehlers bei der Strafverfolgungsbehörde wegen fahrlässiger Körperverletzung anzeigt.

Die Literatur spricht sich in diesem Falle für eine Aufklärungspflicht des Arztes aus, wenn ansonsten eine Patientengefährdung droht.<sup>1273</sup>

*„Die Verpflichtung zur Offenlegung ergibt sich aus der Pflicht des Arztes zur therapeutischen Aufklärung, wonach der Arzt unter dem Aspekt der Schadensabwehr durch Hinweise, Ratschläge, Anweisungen und Empfehlungen an den Patienten alles in seinen Kräften Stehende tun muss, um den Patienten vor vermeidbaren Gefahren und drohenden Schäden zu schützen.“*<sup>1274</sup>

Dabei muss der Arzt allerdings nur über die Umstände informieren, nicht aber hinzufügen, dass sich daraus ein Behandlungsfehler ergibt.<sup>1275</sup> Denn die rechtliche Würdigung oder ein Schuldeingeständnis sind allein für einen späteren Haftungsprozess relevant, nicht aber für den Erfolg der Heilbehandlung beim Patienten.<sup>1276</sup>

Diese Auffassung der Literatur hat der Gesetzgeber mit dem Patientenrechtsgesetz in geltendes Recht umgesetzt, § 630c Abs. 2 S. 2 BGB.<sup>1277</sup> Um den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Behandelnden abzuschwächen, hat er in § 630c Abs. 2 S. 3 BGB ein Beweisverwertungsverbot implementiert.<sup>1278</sup> Danach darf die Information über die den Behandlungsfehler begründenden Umstände nicht ohne Zustimmung des Behandelnden in einem Straf- oder Bußgeldverfahren verwendet werden. Darüber hinaus hat das Verwertungsverbot eine sogenannte Fernwirkung, sodass auch Beweise, die in Folge der Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten gesammelt wurden, nicht verwertbar sind.<sup>1279</sup>

---

<sup>1273</sup> *Gubernatis*, JZ 1982, S. 363 (364); *Solbach*, JA 1986, S. 419 (422); *Taupitz*, Arztfehler unter dem Mantel des Schweigens?, S. 26; *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S. 372 f.; *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, S. 506 (508).

<sup>1274</sup> *Ulsenheimer/Ulsenheimer*, Rn. 1204.

<sup>1275</sup> Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 17/11710, S. 28; *Dann*, MedR 2007, S. 638, (641 f.); *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (23); ebenso offenbar BGH, NJW 1984, 661 (662); OLG Hamm, NJW 1985, 685, welches denselben Textbaustein wie der BGH verwendet; vgl. auch OLG Koblenz, Urteil vom 15. Januar 2004 – 5 U 1145/03 –, juris Rn. 32; a.A.: *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, NJW 2000, S. 1749 (1756); *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S. 78 f.; *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S. 205.

<sup>1276</sup> *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, S. (508); *Katzenmeier*, NJW 2013, S. S. 817 (819); *Kett-Straub/Sipos-Lay*, MedR 2014, S. 867 (871); *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (21).

<sup>1277</sup> *Kett-Straub/Sipos-Lay*, MedR 2014, S. 867 (875) halten die Vorschrift für verfassungswidrig; ausdrücklich a.A.: *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (26).

<sup>1278</sup> So schon vorgeschlagen von *Taupitz*, NJW 1992, S. 713 (719); *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, 1995, S. 172; *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, NJW 2000, S. 1749 (1751).

<sup>1279</sup> *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (18); *Spickhoff*, MedR 2015, S. 845 (849); *Spickhoff/Spickhoff*, § 630c BGB Rn. 24; MüKo BGB/*Wagner*, § 630c Rn. 53. Vgl. hierzu auch die Regelung in § 97 InsO und insbesondere den dazugehörigen Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 12/2443 S. 142: „Nach dem Sinn dieses Verbots dürfen auch solche Tatsachen nicht verwertet werden, zu denen die Auskunft den Weg gewiesen hat.“

Diese Gedanken sind auf die Frage nach der Aufklärungspflicht über strafrechtlich relevantes Fehlverhalten im Vorfeld des Heileingriffs zu übertragen. Diese besteht, wie oben gezeigt, nur dann, wenn die Tat Rückschlüsse auf die Qualität der Behandlung und insbesondere die Risiken für den Patienten zulässt. Da dann ebenfalls eine Patientengefährdung droht, hat der Behandelnde den Patienten über die strafrechtlich relevanten Umstände ebenso aufzuklären, wie er über einen Behandlungsfehler aufklären müsste.

Dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes kann dadurch Rechnung getragen werden, dass man der Berücksichtigung der Aussage des Patienten – und konsequenterweise auch aller Zeugen vom Hörensagen, die sich auf Aussagen des Patienten beziehen – im Strafverfahren mit einem Beweisverwertungsverbot Rechnung trägt.<sup>1280</sup> *Spickhoff* sieht in den §§ 630c Abs. 2 S. 3 BGB und 97 Abs. 2 S. 2 InsO den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens:

*„Nicht anders als in den dort mittlerweile geregelten Zusammenhängen sollte daher generell in Fällen entsprechender strafrechtlicher oder ordnungswidrigkeitsrechtlicher Relevanz einer potenziell selbstbezüglichen Offenbarungspflicht ein Beweisverwendungsverbot [...] angenommen werden.“*<sup>1281</sup>

Dieser allgemeine Rechtsgedanke ist mithin auch auf den Fall der Aufklärungspflicht über ein strafrechtliches Fehlverhalten anwendbar.

Die Annahme einer Aufklärungspflicht in den hier genannten Fällen konfliktiert daher nicht mit dem *Nemo tenetur*-Grundsatz und ist daher verfassungskonform.

#### (bbb) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist also, dass eine Aufklärungspflicht des Behandelnden über das Vorliegen eines Rücknahmegrundes nicht pauschal angenommen werden kann. Vielmehr ist im Einzelfall die Frage zu beantworten, ob der Umstand, aus dem sich der Rücknahmegrund ergibt, für die Risikoabwägung des Patienten im Hinblick auf die Behandlung bedeutsam ist. Offenkundig ist dies nur in Fällen, in denen der Behandelnde fachlich oder gesundheitlich nicht zum Arztberuf geeignet ist oder seine Eignung nicht nachgewiesen hat. Auch bei strafrechtlich relevantem Fehlverhalten liegt nur dann eine Aufklärungspflicht vor, wenn es einen Rückschluss auf die Risiken der Behandlung zulässt.

#### (cc) Hypothetische Einwilligung

Fraglich ist dann noch, ob der Behandelnde sich darauf berufen kann, dass der Patient auch bei korrekter Aufklärung in die Körperverletzung eingewilligt hätte. Dieses Problem diskutiert man unter dem Begriff der hypothetischen Einwilligung. Es wird von der Hypothese einer korrekten Aufklärung ausgegangen und

<sup>1280</sup> Vgl. BVerfGE 56, 37 (50 f); a.A.: Sondervotum *Heußner*, a.a.O. S. 52 ff.

<sup>1281</sup> *Spickhoff*, JZ 2015, S. 15 (19).

dann die Frage gestellt, ob der Patient in die Behandlung durch den von der Rücknahme betroffenen Behandelnden eingewilligt hätte.<sup>1282</sup> Dabei reicht es aus, wenn der Patient einen „echten Entscheidungskonflikt“ glaubhaft machen kann, wenn der Behandelnde sich auf die hypothetische Einwilligung beruft.<sup>1283</sup> Der Nachweis, dass sich der Patient in jedem Fall gegen die Behandlung entschieden hätte, muss folglich nicht geführt werden.

Hätte der Behandelnde über die Rücknahmegründe aufgeklärt, hätte der Patient eine indizierte Behandlung in aller Regel von einem anderen Arzt vornehmen lassen. Der Nachweis eines „echten Entscheidungskonfliktes“ wird im Falle mangelnder Eignung des Behandelnden zur Ausübung des ärztlichen Berufs leichtfallen. Eine hypothetische Einwilligung kommt daher bei einer Aufklärungspflichtverletzung über Rücknahmegründe in aller Regel nicht in Betracht.

#### (b) Unwirksame Einwilligungserklärung

Als zweiter Anknüpfungspunkt neben der formell oder materiell fehlerhaften Aufklärung kommt die Einwilligungserklärung des Patienten in Betracht. Sie könnte im Fall der Approbationsrücknahme gemäß § 134 BGB nichtig sein (bb). In Betracht kommen aber auch die Widerruflichkeit und die Anfechtbarkeit derselben (cc).

#### (aa) Dogmatische Einordnung der Einwilligungserklärung

Die genannten Vorschriften und Rechtsinstitute setzen zunächst voraus, dass es sich bei der Einwilligung um ein Rechtsgeschäft handelt. Die dogmatische Einordnung der Einwilligungserklärung ist in der wissenschaftlichen Diskussion allerdings umstritten.<sup>1284</sup>

#### (aaa) Argumente gegen die Einordnung als Willenserklärung

Gegen die Einordnung als Willenserklärung wird eingewandt, es sei verfehlt, die Einwilligung zu Eingriffen in die körperliche Integrität mit alltäglichen Geschäften wie dem morgendlichen Kaufvertrag beim Bäcker gleichzusetzen.<sup>1285</sup> Setzt man

<sup>1282</sup> Janda, JZ 2012, S. 933 (935) mwN.

<sup>1283</sup> BGH, NJW 1991, 2344 (2345); OLG Dresden, NJW 2004, 298 (299).

<sup>1284</sup> Für die Einordnung als Rechtsgeschäft: Grundlegend Zitelmann, AcP 99, S. 1 (48 f.); in der Folge RG, JW 1907, 505; RGZ 66, 306 (308); 68, 431 (436); ohne Stellungnahme allerdings RG, JW 1911, 747 (748); ferner Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 119; Ohly, Volenti non fit iniuria, S. 214; Kohle, AcP 185, S. 105 (152); dagegen: BGHZ 29, 33 (36); 38, 49 (54); BGH, VerwRspr 1962, 70 (71); BGH, NJW 1964, 1177; BGH, NJW 1980, 1903 (1904); ebenso schon Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, S. 77 ff.; darüber hinaus: Schenke, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, S. 30; Spickhoff, AcP 208, S. 345 (385); Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 282; Deutsch/Spickhoff, Rn. 419; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, Rn V 51; Berger, JZ 2000, S. 797 (801) Roth, JZ 2004, S. 494 (496); Holzhauser, FamRZ 2006, S. 519; RGRK/Steffen, § 823 Rn. 377; MüKo BGB/Wagner, § 630d Rn. 9; BeckOGK/Spindler, § 823 Rn. 850.

<sup>1285</sup> Deutsch/Spickhoff, Rn. 419.

der Einwilligung in den Heileingriff eine derart banale Willenserklärung gegenüber, ist dieses Argument auch nachvollziehbar. Natürlich gibt es aber Willenserklärungen von deutlich größerer Tragweite, bei denen man nicht mehr von einem wertungsmäßigen Ungleichgewicht sprechen würde.

Andere Argumente sind dagegen nicht so leicht zu widerlegen. So wird vorgebracht, dass einige Institute und Grundsätze aus der Rechtsgeschäftslehre auf die Einwilligung nur mit Schwierigkeiten anzuwenden sind. Beispielsweise seien Willenserklärungen gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur bis zum Zugang beim Erklärungsempfänger widerrufbar, während die Einwilligung bis zur Vornahme der Behandlung jederzeit widerrufen werden kann, § 630d Abs. 3 BGB.<sup>1286</sup> Allerdings spricht dieser Punkt nicht zwingend gegen eine Einordnung der Einwilligung als Willenserklärung. § 630d Abs. 3 BGB ist aufgrund des *Lex specialis*-Grundsatzes vielmehr in der Lage, den allgemeineren § 130 BGB nach den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zu verdrängen. Auch im Rahmen von Kaufverträgen kann die Vorschrift des § 130 BGB zurückstehen, wenn der Vertrag beispielsweise außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurde, § 312g BGB. Trotzdem würde man die Anwendbarkeit der Rechtsgeschäftslehre auf die jeweilige Willenserklärung des Kaufvertrages nicht verneinen.

Ferner wird angeführt, dass die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit nicht zu den Grundsätzen der Einwilligungslehre passen.<sup>1287</sup> Denn nach letzteren können beschränkt geschäftsfähige Personen auch ohne Mitwirkung ihres gesetzlichen Vertreters eine wirksame Einwilligung abgeben.<sup>1288</sup> Daneben passt auch die Rechtsfolge nach § 142 BGB im Falle eines Irrtums nach § 119 Abs. 1 BGB nicht.<sup>1289</sup> Könnte der Patient seine Einwilligung rückwirkend (!) aufgrund eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums anfechten, würde der Behandelnde letztlich für Körperverletzungen haften, ohne dass die zur Rechtswidrigkeit führenden Gründe in seiner Sphäre liegen.<sup>1290</sup> Dem Behandelnden könnte mit der Anfechtung auf Grund von § 119 Abs. 1 BGB ohne sein Zutun „der Boden der Rechtmäßigkeit unter den Füßen weg gezogen werden“.

Auch die Lehre vom potenziellen Erklärungsbewusstsein<sup>1291</sup> kann im Rahmen der Einwilligung nicht herangezogen werden.<sup>1292</sup> Eine fahrlässig abgegebene Einwilligungserklärung kann nicht zum Entfallen der Rechtswidrigkeit führen. Vielmehr erfordert die Ausübung des Selbstbestimmungsrechtes über die körperliche

<sup>1286</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 419; a.A. *Kohle*, AcP 185, S. 105 (137), der darin keinen Bruch mit der Rechtsgeschäftslehre erblickt.

<sup>1287</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 420.

<sup>1288</sup> BGH, NJW 1964, 1177 (1178); ebenso RGRK/*Niüßgens*, § 823 Anh. II Rn. 71; *Kern*, MedR 2005, S. 628 (631).

<sup>1289</sup> BGH, NJW 1964, 1177 (1178); *Spickhoff*, AcP 208, S. 345 (385 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 419; *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier*, Rn. V 51.

<sup>1290</sup> Vgl. *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 111.

<sup>1291</sup> BGHZ 91, 324 (330).

<sup>1292</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 419.



Unversehrtheit eine bewusste Entscheidung.<sup>1293</sup> Dagegen spricht auch nicht die Schutzwürdigkeit des Behandelnden. Diesem ist es vielmehr zumutbar, dass er über eine so gewichtige Frage die ausdrückliche Zustimmung dergestalt einholt, dass fehlendes Erklärungsbewusstsein des Patienten ausgeschlossen werden kann. Ist dem Patienten nicht bewusst, dass er mit der Einwilligung etwas Rechtserhebliches erklärt, steht zudem schon in Frage, ob der Behandelnde ihn über seine Rolle bei der Behandlung überhaupt wirksam aufgeklärt hat. In vielen Fällen wird es dann schon an dem erforderlichen *informed consent* mangeln, sodass es auf die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung nicht mehr ankommen dürfte.

Weiterhin ist die erforderliche Aufklärung nur schwer mit dem Grundsatz der Rechtsgeschäftslehre zu vereinbaren, dass Motivirrtümer unbeachtlich sind. Liegt ein Motivirrtum über aufklärungspflichtige Tatsachen vor, hat dieser die Nichtigkeit der Einwilligung zur Folge. Von Unbeachtlichkeit kann dann aber keine Rede sein.<sup>1294</sup>

Auch die Wirkung der Stellvertretung passt nicht. Lässt sich der Patient vertreten, wirken Willenserklärungen des Vertreters grundsätzlich für und gegen den Patienten, § 164 Abs. 1 BGB. Gibt der Patient aber eine Einwilligung zum ärztlichen Heileingriff ab, hat diese gegenüber einer etwaigen Einwilligung des Vertreters Vorrang.<sup>1295</sup> Dieses Argument ist auch nicht mit dem Einwand zu entkräften, dass es sich bei der Einwilligung in einen Heileingriff um ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft handelt, sodass es nur auf die Erklärung des Patienten ankommen könne.<sup>1296</sup> Denn anders als beispielsweise bei einer Eheschließung können die Eltern eines Einwilligungsunfähigen für diesen in eine Heilbehandlung einwilligen. Ein höchstpersönliches Rechtsgeschäft kann darin folglich nicht gesehen werden, da hierbei die Stellvertretung immer ausgeschlossen ist.<sup>1297</sup> Schließlich erscheint auch die Anwendung der Rechtsscheinvollmachten im Rahmen der Einwilligung unpassend.<sup>1298</sup>

#### (bbb) Streitentscheid

Die Auffassung, wonach auch die Einwilligung eine Willenserklärung darstellt, begegnet den aufgezeigten dogmatischen Unebenheiten, indem sie die Institute der Rechtsgeschäftslehre durch teleologische Reduktionen anpasst.<sup>1299</sup> Die gegenteilige Auffassung geht den umgekehrten Weg. Sie ordnet die Einwilligung zunächst nicht als Rechtsgeschäft ein, lehnt sich jedoch, wo es erforderlich ist, mit-

---

<sup>1293</sup> Siehe zum Merkmal der Freiwilligkeit ausführlich unter § 8 II. 1. b. aa. (1) (b) (cc).

<sup>1294</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 419.

<sup>1295</sup> *Soergel/Lepzien*, § 164 Rn. 4; *Spickhoff*, AcP 208, S. 345 (386).

<sup>1296</sup> *Kohle*, AcP 185, S. 105 (142 f.).

<sup>1297</sup> *BeckOK BGB/Schäfer*, § 164 Rn. 4.

<sup>1298</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 419.

<sup>1299</sup> *Ohly*, *Volenti nun fit iniuria*, S. 205.

tels Analogiebildung an die Dogmatik der Rechtsgeschäftslehre an.<sup>1300</sup> Dies erscheint wegen der Vielzahl der nötigen Reduktionen überzeugend. Ansonsten würde der Grundsatz durch die große Zahl an Ausnahmen erodiert und müsste sich die Frage gefallen lassen, ob es sich dann überhaupt noch um einen Grundsatz handeln kann.

Daher ist der Rechtsprechung zu folgen, nach der es sich bei der Einwilligung um die „*Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher* [Hervorhebung durch Verfasser] *Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen*“, handelt.<sup>1301</sup> Demgegenüber ist eine Willenserklärung nicht auf eine tatsächliche Handlung bezogen, sondern auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet.

Dagegen wird wiederum eingewandt, dass die Einwilligung des Patienten – zumindest nach einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ – auf die Rechtsfolge gerichtet sei, den Kreis des „rechtlichen Dürfens“ des Eingreifenden zu erweitern und so den Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten zu legitimieren.<sup>1302</sup> Es lässt sich aber nicht verhehlen, dass ein diesbezügliches Bewusstsein in den meisten Fällen eher im Bereich der Fiktion anzusiedeln ist. In aller Regel wird sich der Betroffene keine Gedanken um mögliche Rechtsfolgen seiner Einwilligung machen, vielmehr steht die Billigung der Eingriffshandlung und mithin eine tatsächliche Folge im Vordergrund.<sup>1303</sup>

Wer die Zustimmung zu einer Heilbehandlung erteilt, richtet diese vornehmlich darauf, dass der Arzt den körperlichen Eingriff tatsächlich vornimmt. Um das „rechtliche Dürfen“ des Arztes wird sich der Patient keine Gedanken machen. Bei der Abgabe einer Willenserklärung muss dagegen die Herbeiführung der Rechtsfolge primäres Ziel sein. Die Einwilligung ist mithin nicht als Rechtsgeschäft bzw. Willenserklärung zu klassifizieren, weil es an der Zielgerichtetheit auf eine Rechtsfolge mangelt. Wo es erforderlich ist, muss jedoch geprüft werden, ob die Institute der Rechtsgeschäftslehre auf die Einwilligungserklärung analoge Anwendung finden.

#### (bb) Unwirksamkeit nach § 134 BGB analog

Die Einwilligungserklärung könnte zunächst nach § 134 BGB analog unwirksam sein, da sie sich auf die Vornahme einer gesetzlich verbotenen Handlung bezieht.<sup>1304</sup> Dazu müssten die Voraussetzungen einer Analogie erfüllt sein. Allerdings bedarf es hierzu keiner Ausführungen, weil sich das Verbot der Heilbehand-

<sup>1300</sup> Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 210; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 250; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 282; BeckOGK/Spindler, § 823 Rn. 850.

<sup>1301</sup> BGHZ 29, 33 (36); 105, 45 (47 f.); BGH, NJW 1964, 1177 (1178); BGH, VerwaRspr 1962, 70 (71). In der Entscheidung BGHZ 90, 96 (102) wird zwar der Begriff der Willenserklärung verwendet. Hierin ist aber offenbar kein Rechtsprechungswandel zu erblicken, weil der BGH in einer späteren Entscheidung wieder den zitierten Textbaustein benutzt hat.

<sup>1302</sup> Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 116 ff.; Ohly, Volenti non fit iniuria, S. 207 f.

<sup>1303</sup> So auch Schenke, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, S. 25.

<sup>1304</sup> Vgl. BGHZ 7, 198 (207) für den Fall eines verbotsgesetzwidrigen Schwangerschaftsabbruchs.

lung ohne Approbation nach § 134 BGB iVm. § 2 BÄO nur gegen den Behandelnden, nicht aber gegen den Patienten richtet.<sup>1305</sup> Die Anwendbarkeit des § 134 BGB auf die Einwilligungserklärung scheidet also am fehlenden Verbotsverstoß durch den Patienten.

### (cc) Widerruflichkeit und Anfechtbarkeit

Darüber hinaus haben Patienten zwar grundsätzlich die Möglichkeit, die Einwilligung zu widerrufen. Der Widerruf ist allerdings nur bis zur Vornahme der Behandlung möglich.<sup>1306</sup> Diese ist im Fall der *ex tunc* entzogenen Approbation aber schon erfolgt.

Ferner könnte dem Patienten die Möglichkeit zukommen, die Einwilligungserklärung analog §§ 119 ff. BGB anzufechten. Die Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln wurde oben zwar für den Fall verworfen, dass der Patient einem Inhalts- oder Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB unterlag.<sup>1307</sup> Denn in diesem Fall bestünde für ihn die Möglichkeit, der Rechtfertigung des Behandelnden die Grundlage zu entziehen, ohne dass der Behandelnde Einfluss auf diesen Irrtum hatte. Fraglich ist aber, was gilt, wenn der Behandelnde den Irrtum verursacht hat. Wertungsmäßig erscheint die nachträgliche Rechtswidrigkeit der Behandlung nach § 142 Abs. 1 BGB in diesem Fall gerechtfertigt.<sup>1308</sup> Als Anfechtungsgrund kommt dazu zunächst § 123 BGB analog in Betracht.

Zweifelhaft ist jedoch, ob es eines Analogieschlusses überhaupt bedarf. Voraussetzung wäre neben der vergleichbaren Interessenlage und dem Bedürfnis nach einem Analogieschluss eine planwidrige Regelungslücke. Eine solche ist aber zu verneinen, wenn die Einwilligungserklärung im Fall einer Täuschung durch den Behandelnden ohnehin unwirksam wäre. So wird von der herrschenden Auffassung im Zivil- wie im Strafrecht<sup>1309</sup> vertreten, eine unter Täuschung oder Zwang erlangte Einwilligungserklärung sei schon *ipso iure* unwirksam.<sup>1310</sup> Das gebiete der verfassungsrechtlich verbürgte Grundsatz der Freiwilligkeit.

---

<sup>1305</sup> Anders dagegen in BGHZ 7, 198 (207), wo das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs sich auch gegen die Patientin richtet.

<sup>1306</sup> BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 851.

<sup>1307</sup> Siehe unter § 8 II. 1. b. aa. (1) (b) (aa) (aaa).

<sup>1308</sup> *Ohj*, Volenti non fit iniuria, S. 368.

<sup>1309</sup> Die strafrechtlichen Grundsätze können im Zivilrecht herangezogen werden, da die Einwilligung allein der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts dient und Verkehrsschutzgesichtspunkte außer Betracht bleiben, siehe RGRK/*Steffens*, § 823 Rn. 377; a.A.: *Kobte*, AcP 185, S. 105 (156).

<sup>1310</sup> RGZ 168, 206 (210); BGHZ 7, 198 (207); BGH, NJW 1964, 1177 (1178); RGSt 41, 392 (395); BGHSt 16, 309 (310); ebenso *Schenke*, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, S. 64; Laufs/*Katzenmeier*/Lipp/*Katzenmeier*, Rn. V 51; *Spickhoff*, AcP 208, S. 345 (385); *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rn. 282; *Deutsch*/*Spickhoff*, Rn. 422, die auf die Sittenwidrigkeit einer solchen Einwilligung nach § 228 StGB abstellen; siehe auch BGH, VerwRSpr 1962, 70 (72), wonach Patient bei Zwang keine „echte Wahl“ hat; nicht ganz eindeutig OLG Nürnberg, VersR 1998, 299; im Ergebnis ferner auch: *Ohj*, Volenti non fit iniuria, S. 365, der zwar schlüssig von Anfechtbarkeit ausgeht, weil er die Einwilligung als Rechtsgeschäft betrachtet, die Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 BGB aber teleologisch reduziert und damit ebenfalls zu einer *ipso iure* Nichtigkeit der Einwilligung kommt;

Entscheidend sei, „*ob nach Lage der Verhältnisse der Wille in einer Art und in einem Maße beeinträchtigt ist, daß die Willensentschließung noch als Ausfluß einer eigenen wahren inneren Willensbildung des Betroffenen gelten kann.*“<sup>1311</sup> Das ist beispielsweise noch der Fall, wenn der Patient korrekt aufgeklärt wurde, aber trotzdem einem – dann selbst verschuldeten – Irrtum unterlag.<sup>1312</sup> Wird der Patient dagegen durch den Behandelnden wissentlich getäuscht, entspringt der Irrtum nicht mehr seiner inneren Willensbildung sondern äußeren Einflüssen. In diesem Fall ist die Freiwilligkeit zu verneinen.

Diese Auffassung setzt mithin schon am Begriff der Einwilligung an und zählt den Aspekt der Freiwilligkeit zu dessen konstitutiven Bestandteilen. Dem ist zuzustimmen. Da die Einwilligung Ausdruck des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten ist, kann eine unfreiwillige Einwilligung zur Rechtfertigung nicht ausreichen. Denn diese wäre nicht selbst- sondern fremdbestimmt.

#### (aaa) Kenntnis des aufklärungspflichtigen Rücknahmegrundes

Die Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung ist in Frage zu stellen, wenn der Behandelnde den Patienten nicht über ihm bekannte, aufklärungspflichtige Rücknahmegründe aufgeklärt hat. Denn dann liegt eine arglistige, weil vorsätzliche<sup>1313</sup> Täuschung durch Unterlassen vor,<sup>1314</sup> sodass nicht von einer freiwilligen Einwilligungserklärung des Patienten gesprochen werden kann. Vielmehr wird die Erklärung wesentlich durch die Täuschung von außen beeinflusst. Täuscht der Behandelnde arglistig über bestehende Rücknahmegründe, ist die Einwilligungserklärung also mangels Freiwilligkeit unwirksam beziehungsweise ist schon gar nicht von einer Einwilligung zu sprechen.

In diesem Fall liegt ferner auch eine Aufklärungspflichtverletzung vor, sodass die Einwilligung aus zwei Gründen unwirksam ist.

#### (bbb) Grob fahrlässige Unkenntnis eines aufklärungspflichtigen Rücknahmegrundes

Fraglich ist die Wirksamkeit der Einwilligungserklärung, wenn der bösgläubige Behandelnde das Vorliegen eines aufklärungspflichtigen Rücknahmegrundes grob fahrlässig verkannt hat. Eine arglistige Täuschung scheidet dann mangels Vorsatzes aus, sodass weder die Einwilligung unfreiwillig geschah noch der Anfechtungsgrund nach § 123 Abs. 1 BGB greift. Jedoch liegt auch ein Verstoß ge-

---

ebenso im Ergebnis auch *Rosener*, Die Einwilligung in Heileingriffe, S. 154 f.; a.A. *Kobte*, AcP 185, S. 105 (142); wohl auch *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16.

<sup>1311</sup> BGH, NJW 1964, 1177 (1178).

<sup>1312</sup> *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 422.

<sup>1313</sup> BeckOGK BGB/*Rehberg*, § 123 Rn. 18.

<sup>1314</sup> Auch *Obly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 372 nimmt bei bewusster Verletzung einer Aufklärungspflicht arglistige Täuschung an.

gen eine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund vor, sodass die Einwilligung schon deshalb unwirksam ist.

(cc) Rücknahmegrund nicht aufklärungspflichtig

Fraglich ist ferner, ob der Patient seine Einwilligung beseitigen kann, wenn den Behandelnden keine Aufklärungspflicht hinsichtlich des Rücknahmegrundes trifft, die Approbation aber unabhängig davon zurückgenommen wird.

Möglicherweise kann der Patient die Einwilligungserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB analog anfechten, weil er sich über eine wesentliche Eigenschaft geirrt hat, die in der Person des Vertragspartners lag. Ob der Behandelnde approbiert ist oder nicht, stellt eine wesentliche Eigenschaft im Rahmen des Behandlungsvertrages dar.<sup>1315</sup> Denn bei Kenntnis der fehlenden Approbation würde der Patient den Behandlungsvertrag gewiss mit einem anderen, approbierten, Mediziner schließen. Der Vertrag hängt also grundlegend von dem Vorliegen dieser Eigenschaft ab.

Ferner erscheint es mit Blick auf das Telos des Schutzes der Gesundheit des einzelnen Patienten und der Allgemeinheit auch sinnvoll, die Rückwirkungsfiction der Approbationsrücknahme auf die Anfechtung der Einwilligungserklärung zu erstrecken. Da sich aus der rechtswidrigen Körperverletzung ein Schadensersatzanspruch des Patienten ergibt, ist die Anfechtbarkeit mittelbar geeignet, den nicht geeigneten Behandelnden von der Heilbehandlung abzuhalten.

Anders als bei der Prüfung des § 123 BGB wäre hier auch eine planwidrige Regelungslücke zu bejahen, weil es nicht schon an der Freiwilligkeit der Einwilligungserklärung mangelt. Die Frage der Wirksamkeit einer Einwilligungserklärung für den Fall, dass die Approbation des Behandelnden rückwirkend entzogen wurde, hat der Gesetzgeber offenkundig nicht geregelt, ohne sich dessen bewusst zu sein. Die Situation ist ferner auch vergleichbar mit anderen Fällen, in denen der Vertragspartner einem *error in persona* unterlag. Schließlich besteht auch ein Bedürfnis nach einem Analogieschluss. Denn der Hintergrund des Irrtums stammt aus der Sphäre des Behandelnden, sodass es wertungsmäßig gerecht erscheint, dass der Patient die Behandlung rückwirkend für rechtswidrig erklären kann.

Eine analoge Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB ist daher zu bejahen. Der Patient kann die Einwilligung anfechten, wobei eine konkludente Anfechtungserklärung regelmäßig bereits im Schadensersatzverlangen zu erblicken ist.<sup>1316</sup>

(c) Zwischenergebnis

Die Unwirksamkeit der rechtfertigenden Einwilligung kann sich zunächst aus einer mangelhaften Aufklärung ergeben. War der Behandelnde nicht hinreichend zur Aufklärung qualifiziert, liegt bereits ein formeller Mangel vor, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt.

<sup>1315</sup> Ebenso: *Obly*, *Volenti non fit iniuria*, S. 367 f.

<sup>1316</sup> *Kohle*, AcP 185, S. 141; nach Ansicht von *Schenke*, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, S. 69 ist keine Anfechtungserklärung nötig, weil die Einwilligung schon ipso iure nichtig sei.

Liegt kein formeller Mangel vor, kann sich ein materieller Mangel daraus ergeben, dass der Behandelnde seiner Aufklärungspflicht nicht vollständig nachkommt. Eine Aufklärungspflicht über die *ex tunc* mangelnde Approbation besteht allerdings denknotwendig nicht, weil der Behandelnde nicht über einen Umstand aufklären kann, der zum Zeitpunkt des Aufklärungsgesprächs noch gar nicht besteht.

Ob der Behandelnde über einen ihm bekannte Rücknahmegrund aufklären muss, ist eine Frage des Einzelfalles: Eine Aufklärungspflicht besteht umso eher, je mehr der Rücknahmegrund Rückschlüsse auf die Qualifikation des Arztes zulässt oder sich anderweitig auf die Risikoträchtigkeit des Eingriffs auswirkt. Keine Aufklärungspflicht besteht beispielsweise über mehrfache Betrugsstraftaten des Behandelnden vor der Approbation. Diese können zwar die Unwürdigkeit zur Betätigung des ärztlichen Berufs bedeuten, sie wirken sich aber nicht auf die Risikohaftigkeit von Heileingriffen aus. Etwas anderes gilt aber regelmäßig bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Daneben hat der Behandelnde den Patienten in jedem Fall über seine mangelnde Qualifikation aufzuklären, wenn er beispielsweise seine Approbation durch Fälschung der relevanten Unterlagen erschlichen hat. Kann eine Aufklärungspflicht bejaht werden, ist die rechtfertigende Einwilligung bei einem Verstoß unwirksam.

Neben der Unwirksamkeit wegen mangelnder Aufklärung kann auch die Einwilligungserklärung selbst an einem Mangel leiden und daher unwirksam sein. Kann der Behandelnde die Rücknahmegründe und hätte der Patient von der Behandlung Abstand genommen, wenn er Kenntnis von den Rücknahmegründen erlangt hätte, liegt eine arglistige Täuschung vor. In diesem Fall mangelt es der Einwilligungserklärung an der erforderlichen Freiwilligkeit. Sie ist daher schon *ipso iure* unwirksam. Hätte der Patient bei Kenntnis des Rücknahmegrundes von der Behandlung Abstand genommen, wird jedoch in aller Regel schon eine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund vorliegen, sodass die Einwilligung schon an dem materiellen Aufklärungsmangel scheitern dürfte.

Bestand keine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund, liegt keine arglistige Täuschung vor. In diesem Fall kommt aber ein Anfechtungsrecht des Patienten nach § 119 Abs. 2 BGB analog in Betracht. Übt er es aus, ist die Einwilligungserklärung nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend unwirksam.

Der Heileingriff ist bei Entfallen der Einwilligung als rechtswidrige Körperverletzung zu qualifizieren, die eine Verletzung der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB darstellt.

## (2) Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung

Ferner könnte der Behandelnde eine Aufklärungspflicht verletzt haben, als er vor Abschluss des Behandlungsvertrages trotz Kenntnis nicht über bestehende Rücknahmegründe informiert hat. Erforderlich ist dazu zunächst einmal überhaupt eine

Pflicht zur Aufklärung über diese Rücknahmegründe schon im Rahmen der Vertragsanbahnung.

Das Vorliegen einer Aufklärungspflicht bestimmt sich allgemein nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall.<sup>1317</sup> Der Vertragspartner hat vor Abschluss des Vertrages über solche Umstände aufzuklären, die für den anderen Teil von wesentlicher Bedeutung sind.<sup>1318</sup> Gemeint sind Umstände im Hinblick auf den Vertragsschluss,<sup>1319</sup> die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln oder zumindest erheblich zu gefährden.<sup>1320</sup> Darunter fallen auch solche, die zur Gesetzeswidrigkeit und damit zur Unwirksamkeit des Vertrages oder der nach dem Vertrag zu erbringenden Leistung führen könnten.<sup>1321</sup> Denn was kann bedeutender für den Vertragspartner sein als die grundlegende Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes?

Allerdings kann eine solche Pflicht nur denjenigen treffen, der tatsächliche Kenntnis über die wesentlichen Umstände hat.<sup>1322</sup> Erforderlich ist ein konkreter Wissensvorsprung des Unterlassenden,<sup>1323</sup> den dieser auch erkennen kann.<sup>1324</sup> Daraus ergibt sich aber auch, dass bei Kenntnis des anderen Teils über die Umstände von wesentlicher Bedeutung mangels Wissensvorsprung keine Aufklärung erfolgen muss.

Liegen Rücknahmegründe nach § 5 BÄO vor, ist die Wirksamkeit des Vertrages wegen § 134 BGB iVm. § 2 Abs. 1 BÄO gefährdet. Der Patient hat ein wesentliches Interesse daran, über Umstände informiert zu werden, die zur Unwirksamkeit des Behandlungsvertrages führen könnten. Vorliegende Rücknahmegründe sind daher grundsätzlich als Umstände von wesentlicher Bedeutung einzustufen. Eine Aufklärungspflicht trifft zunächst nur den Behandelnden, der positive Kenntnis vom Vorliegen der Rücknahmegründe hat, weil er beispielsweise Prüfungszeugnisse gefälscht hat. Hat der Behandelnde keine Kenntnis von den Rücknahmegründen, mangelt es schon an dem erforderlichen Wissensvorsprung.

Problematisch erscheint eine Aufklärungspflicht allerdings, wenn die Rücknahmegründe nicht zu einer gebundenen Entscheidung der Behörde führen würden. Dann kann nicht von sicherem Wissen bezüglich der Vertragsnichtigkeit gesprochen werden. Allerdings sind auch diese Umstände zumindest potenziell

---

<sup>1317</sup> BGH, NJW 1993, 2107; NJW 1970, 653 (655).

<sup>1318</sup> BGH, NJW 1993, 2107; NJW 2001, 2163 (2164) unter II 3b; NJW 2005, 3208 (3209 f.); NJW 2007, 3057 (3059) Rn. 35; NJW 2010, 858 Rn. 15; NJW 2011, 3640 f. Rn. 7; NJW 2012, 846 (847) Rn. 6.

<sup>1319</sup> *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, S. 511.

<sup>1320</sup> BGH, NJW 2002, 1042 (1044).

<sup>1321</sup> Staudinger/*Feldmann* (2018), § 311a Rn. 75.

<sup>1322</sup> A.A.: *Hans Stoll*, FS von Caemmerer, S. 441, wonach auch fahrlässige Unkenntnis ausreicht. Ebenso wohl schon *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Band 4, S. 34 und 36.

<sup>1323</sup> BGH, NJW 2004, 2378 (2380); NJW 2005, 668 (670); NJW 2005, 3208 (3209 f.); zustimmend: MüKo BGB/*Emmerich*, § 311 Rn. 71.

<sup>1324</sup> BGH, NJW 2005, 668 (670); BGH, NJW 2004, 2378 (2380).

dazu geeignet, die Wirksamkeit des Rechtsgeschäftes zu zerstören. Dementsprechend muss der Behandelnde also auch über das Vorliegen fakultativer Rücknahmegründe informieren.

Hat der Behandelnde also trotz positiver Kenntnis des Rücknahmegrundes nicht darüber informiert, liegt eine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung vor. Etwas anderes gilt nur, wenn der Patient über diese Gründe ebenfalls informiert war, da es dann an einem Wissensvorsprung mangelt.

Zu erwähnen ist ferner, dass diese Problematik nicht mit der Frage vermenget werden darf, ob den Behandelnden auch eine „vertragliche“ Aufklärungspflicht bezüglich der Rücknahmegründe trifft.<sup>1325</sup> Zwar dienen beide Aufklärungspflichten der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, jedoch auf verschiedenen Ebenen. Während es bei der Aufklärung über die Heilbehandlung um Eingriffe in die körperliche Integrität des Patienten geht, soll die vorvertragliche Aufklärungspflicht Umstände, die das Vertragsziel gefährden könnten, erfassen. Schutzgut ist also die rechtsgeschäftliche Abschlussfreiheit des Patienten. Die Einhaltung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht kann daher keinen medizinischen Heileingriff rechtfertigen, auch wenn sich der Informationsgehalt der jeweiligen Pflicht deckt.

#### bb. Zwischenergebnis

Die Pflichtverletzung liegt mithin in der rechtswidrigen Körperverletzung infolge der unwirksamen Einwilligung des Patienten. Daneben hat der Behandelnde auch eine vorvertragliche Aufklärungspflicht verletzt, indem er den Patienten nicht über den Rücknahmegrund informiert hat.

#### c. Vertretenmüssen, § 276 BGB

Der Behandelnde müsste die rechtswidrige Körperverletzung auch zu vertreten haben, also vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt haben, § 276 Abs. 1 BGB.

#### aa. Vorsatz

Mit Blick auf den körperlichen Eingriff selbst ist Vorsatz gegeben. Denn dieser fand mit Wissen und Wollen<sup>1326</sup> des Behandelnden statt.

Allerdings ist Vorsatz ausgeschlossen, wenn der Schädiger seine Handlung nicht für rechtswidrig, sondern für gerechtfertigt gehalten hat.<sup>1327</sup> Fraglich ist also, ob der Behandelnde wusste, dass die Heilbehandlung rechtswidrig erfolgte, weil

<sup>1325</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 1. b. aa. (1).

<sup>1326</sup> Siehe zur gängigen Vorsatzdefinition: BGH, NJW 2014, 1380 Rn. 12; NJW-RR 2013, 550 Rn. 32; 2012, 404 Rn. 10; zustimmend BeckOGK BGB/*Schaub*, § 276 Rn. 45 ff.; MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 154; BeckOK BGB/*Lorenz*, § 276 Rn. 10.

<sup>1327</sup> So die herrschende Vorsatztheorie, siehe RGZ 72, 4 (6 f.); BGHZ 67, 279 (280); 69, 128 (142 f.); 118, 201 (208); 170, 226 Rn. 25; BGH, NJW 1970, 861 (862); NJW 1970, 1080 (1081); NJW 1970, 1082; ebenso BeckOK BGB/*Lorenz*, § 276 Rn. 13; Staudinger/*Caspers* (2019), § 276 Rn. 26.



die Einwilligung des Patienten unwirksam war. Nur dann ist ihm auch Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit der Heilbehandlung zu attestieren. Zwar wird es in dieser Frage letztlich auf den jeweiligen Einzelfall ankommen, trotzdem sollen an dieser Stelle zumindest einige Anhaltspunkte vorgegeben werden.

#### (1) Grundkenntnisse des Behandelnden hinsichtlich des Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisses

Zunächst setzt die Kenntnis der Rechtswidrigkeit voraus, dass sich der Behandelnde zumindest grundlegend darüber im Klaren ist, dass der Patient einer Heilbehandlung zustimmen muss und es in der Hand des Patienten liegt, anhand der Risiken der Behandlung eine Entscheidung zu treffen. Dafür sind keine expliziten Rechtskenntnisse im Hinblick auf die §§ 630d f. BGB erforderlich, eine Parallelwertung in der Laiensphäre reicht aus. *„Denn die Vorsatzhaftung darf nicht auf den besonders Rechtskundigen beschränkt bleiben, sondern muss jeden treffen, der sich nur allgemein der Rechtswidrigkeit seines Tuns bewusst ist.“*<sup>1328</sup>

Die Erkenntnis, dass die Behandlungsentscheidung nicht paternalistisch durch den Arzt getroffen wird, sondern letztlich dem Patienten gebührt und der Arzt ihm die dafür erforderlichen Informationen vermitteln muss, kann von einem durchschnittlichen Bürger in einer von Selbstbestimmung geprägten Gesellschaft erwartet werden. Erst recht muss dann ein Behandelnder, der im Berufsalltag immer wieder mit den Problemen der Aufklärung und Einwilligung konfrontiert wird, zumindest über die Grundzüge des *informed consent* informiert sein. Das gilt auch dann, wenn der Behandelnde tatsächlich gar keine ärztliche Ausbildung abgeschlossen hat, jedenfalls wenn er schon eine Zeitlang im ärztlichen Umfeld gearbeitet hat. Allerdings dürfte die Begründung der Kenntnis des Einwilligungserfordernisses bei fachlich geeigneten Medizinerinnen leichter fallen als bei fachlich ungeeigneten Behandelnden. Denn ein Behandelnder, der tatsächlich eine medizinische Ausbildung durchlaufen hat, ist dabei auch mit dem Erfordernis einer Risikoaufklärung konfrontiert worden.

Es ist mithin festzuhalten, dass der Behandelnde sich über die Grundzüge des Aufklärungs- und Einwilligungserfordernisses im Klaren ist.

#### (2) Vorsatz bei formellem Aufklärungsfehler

Im Weiteren ist zwischen den Unwirksamkeitsgründen der rechtfertigenden Einwilligung zu differenzieren: Fehlt es dem Behandelnden an der fachlichen Eignung, weil er sich die Approbation erschlichen hat, liegt schon ein formeller Aufklärungsfehler vor. Der Behandelnde wusste von dem daraus resultierenden rechtswidrigen Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten, wenn ihm bekannt war, dass eine Aufklärung durch seine Person den Eingriff nicht legitimieren konnte.

---

<sup>1328</sup> Staudinger/Caspers (2019), § 276 Rn. 28; vgl. auch BGH, NJW 1970, 1082.

Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit des Eingriffs liegt schon vor, wenn dem Behandelnden das Bewusstsein nachgewiesen werden kann, dass ihm die nötige Expertise für eine Risikoauflklärung fehlt und der Patient daher nach der Aufklärung nicht in der Lage sein wird, eine fundierte Entscheidung zu treffen. Dabei spielt die Komplexität des Eingriffs eine wichtige Rolle: Geht es um eine schwierige Operation, wird dem fachlich ungeeigneten Behandelnden in der Regel spätestens während des Aufklärungsgesprächs auffallen, dass er gar nicht in der Lage ist, dem Patienten alle entscheidungsrelevanten Informationen zu verschaffen, weil er sie selber nicht kennt. Das reicht aus, um ihm ein laienhaftes Bewusstsein hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der folgenden Behandlung zu attestieren. In diesem Fall erfolgt die rechtswidrige Heilbehandlung mit sicherem Wissen und also vorsätzlich (*dolus directus* 2. Grades).

Handelt es sich bei dem Eingriff dagegen beispielsweise nur um eine Blutentnahme, werden die Kenntnisse des Behandelnden in der Regel noch nicht an ihre Grenzen kommen, sodass ihm nicht offenkundig werden dürfte, dass seine Expertise zur Information des Patienten nicht ausreicht. Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit wäre dann zu verneinen.

### (3) Vorsatz bei materiellem Aufklärungsfehler

Die Rechtswidrigkeit des Heileingriffs kann auch aus einem materiellen Aufklärungsfehler resultieren. Ein solcher liegt im Fall eines Rücknahmegrundes vor, über den der Behandelnde aufklären muss, weil diese Information geeignet ist, die Behandlungsentscheidung des Patienten zu beeinflussen.

Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit ist in diesen Fällen zu bejahen, wenn der Behandelnde seine Aufklärungspflicht hinsichtlich des Rücknahmegrundes kannte. Ihm muss also bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst gewesen sein, dass die Behandlungsentscheidung des Patienten von der Kenntnis des Rücknahmegrundes beeinflusst wird. Dabei gilt wieder, dass ein erhöhter Berufsbezug des jeweiligen Fehlverhaltens auch das Bewusstsein des Behandelnden stärkt, dass er den Patienten hierüber informieren muss. Beispielsweise ist einem Gynäkologen, der sich vor der Approbation zahlreiche, bisher unentdeckte Sexualdelikte zuschulden kommen ließ, bewusst, dass sich seine Patientin bei Kenntnis hiervon keinesfalls von ihm behandeln lassen würde. Bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre kommt man folglich zu dem Ergebnis, dass sich der Behandelnde über die Rechtswidrigkeit des Heileingriffs im Klaren war. Nimmt er die Behandlung trotzdem vor, erfolgt sie vorsätzlich rechtswidrig.

Zu beachten ist ferner, dass dem Behandelnden auch bei fehlender fachlicher Eignung eine Aufklärungspflicht hierüber gegenüber dem Patienten zukommt. Neben dem formellen Aufklärungsfehler liegt in diesen Fällen also auch ein materieller Aufklärungsfehler vor. Ein stärkerer Behandlungsbezug als die fachliche Ungeeignetheit ist nämlich kaum vorstellbar. Dem Behandelnden ist in diesem Fall also ebenfalls klar, dass seine Fähigkeiten für die Behandlungsentscheidung des Patienten von Bedeutung sind. Er setzt sich bewusst über den Willen des Pati-

enten hinweg, wenn er ihm die fehlende Expertise verschweigt. Weiß der Behandelnde also, dass er die Approbation erschlichen und in Wahrheit keine ärztliche Ausbildung genossen hat, so ist ihm hinsichtlich der Rechtswidrigkeit aufgrund des materiellen Aufklärungsfehlers ebenfalls Vorsatz zu attestieren.

(4) Vorsatz bei unwirksamer Einwilligungserklärung mangels Freiwilligkeit

Zwar liegt im Falle einer arglistigen Täuschung über das Nichtvorliegen eines Rücknahmegrundes bereits ein materieller Aufklärungsfehler vor, sodass der Behandelnde die darauf beruhende Rechtswidrigkeit der Heilbehandlung auch zu vertreten hat. Daneben hat er im Falle einer arglistigen Täuschung des Patienten aber auch Kenntnis hinsichtlich der fehlerhaften Einwilligung, sodass auch diesbezüglich Vorsatz hinsichtlich der Rechtswidrigkeit zu bejahen ist.

(5) Vorsatz bei Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung wegen eines *error in persona*

Schließlich ist die Frage nach dem vorsätzlichen rechtswidrigen Heileingriff für den Fall zu beantworten, in dem keine Aufklärungspflicht bestand, weil der Rücknahmegrund keine Auswirkungen auf die Risikoabwägung des Patienten gehabt hätte, da der Patient auch bei Kenntnis der Umstände nicht von einer Behandlung abgesehen hätte. In diesem Fall kann der Patient die Einwilligung nach § 119 Abs. 2 BGB analog anfechten, weil aufgrund der rückwirkend fehlenden Approbation ein *error in persona* vorliegt. Vorsatz hinsichtlich der dann nach § 142 Abs. 1 BGB analog rückwirkend rechtswidrigen Heilbehandlung könnte zu verneinen sein, weil aufgrund des Wahlrechts bei der Anfechtung nicht davon gesprochen werden kann, dass der Behandelnde hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Körperverletzung sicheres Wissen hatte.

Man könnte jedoch erneut eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB in Erwägung ziehen, sodass die Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Einwilligung mit der Kenntnis ihrer Nichtigkeit gleichgestellt würde. Im Gegensatz zu den Situationen, in denen in dieser Arbeit bereits eine analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB diskutiert wurde, ist an dieser Stelle sogar eine doppelte Analogie erforderlich:

Zunächst, weil § 142 Abs. 2 BGB nur auf Rechtsgeschäfte Anwendung findet, sodass die Einwilligung eigentlich gar nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt. Allerdings besteht auch bei der Anfechtbarkeit der Einwilligungserklärung eine Schwebelage, sodass eine mit der Anfechtbarkeit einer Willenserklärung vergleichbare Situation vorliegt. Hier wie dort kann sich der Erklärungsempfänger nicht sicher sein, dass die Willenserklärung bzw. die Einwilligung fortbesteht.<sup>1329</sup> Auch ist die Wirkung der Anfechtung der Einwilligung durch den Gesetzgeber nicht absichtlich ungeregelt geblieben, sodass eine planwidrige Rege-

---

<sup>1329</sup> Siehe hierzu eingehend unter § 8 I. 1. b. bb.

lungslücke entstanden ist. Die analoge Anwendung erscheint schließlich auch wertungsmäßig richtig, weil der bösgläubige Behandelnde sich in der Folge mit Blick auf ein Schadensersatzverlangen des Patienten nicht darauf berufen kann, er habe von der fehlenden Einwilligung und der damit verbundenen mangelnden Rechtfertigung des Heileingriffs keine Kenntnis gehabt.

Neben dem Vorliegen eines Rechtsgeschäftes erfordert der Tatbestand des § 142 Abs. 2 BGB, dass der Behandelnde zum Zeitpunkt der Heilbehandlung Kenntnis von der Anfechtbarkeit der Einwilligung hatte. Ihm muss mithin bewusst gewesen sein, dass der Patient den Behandlungsvertrag aufgrund eines *error in persona* beseitigen konnte.

An dieser Stelle führt wiederum die Rückwirkung der Approbationsrücknahme zu Schwierigkeiten: Da der Irrtum darin liegt, dass der Behandelnde entgegen der Vorstellung des Patienten nicht approbiert war, kann der Behandelnde zum Zeitpunkt der Heilbehandlung noch keine Kenntnis von selbigem haben, weil die Approbation zu diesem Zeitpunkt noch bestand.

Richtigerweise muss daher eine weitere analoge Anwendung des § 142 Abs. 2 BGB auf den Fall erfolgen, in dem der Behandelnde Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Umständen hatte, die den Rücknahmegrund zeitigen.<sup>1330</sup> Die Kenntnis des Rücknahmegrundes ist also mit der Kenntnis der Nichtigkeit der Einwilligungserklärung gleichzusetzen, wenn der Patient die Anfechtung – konkludent oder ausdrücklich – erklärt.

Der Behandelnde nahm den Heileingriff bei erfolgter Anfechtung also in Kenntnis der fehlenden Rechtfertigung vor, sodass die Pflichtverletzung vorsätzlich geschah.

#### bb. Fahrlässigkeit

Legt man mit Blick auf das Bewusstsein des Behandelnden von der Aufklärungspflicht einen strengeren Maßstab an und kann dem Behandelnden hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Heilbehandlung daher keine Kenntnis nachgewiesen werden, scheidet eine Haftung wegen Vorsatz aus. In Betracht kommt dann noch eine Haftung wegen Fahrlässigkeit. Der Behandelnde hat die rechtswidrige Körperverletzung zu vertreten, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat, § 276 Abs. 2 BGB. Die rechtswidrige Körperverletzung müsste für ihn erkennbar und vermeidbar gewesen sein.<sup>1331</sup> Vermeidbar ist eine Pflichtverletzung, wenn sie dem Willen des Schädigers unterworfen war,<sup>1332</sup> was für den Fall der rechtswidrigen Heilbehandlung unproblematisch anzunehmen ist.

Fraglich ist jedoch, ob er die Pflichtverletzung der rechtswidrigen Körperverletzung auch erkennen konnte. Für das Vertretenmüssen kommt es letztlich darauf an, ob der Schädiger hinsichtlich der fehlenden Rechtfertigung des Heilein-

<sup>1330</sup> Zur Zulässigkeit einer solchen Analogie siehe bereits unter § 8 I. 1. b. bb.

<sup>1331</sup> MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 52.

<sup>1332</sup> MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 77.

griffs einem vermeidbaren Irrtum unterlegen ist. In diesem Fall würde eine Haftung wegen Fahrlässigkeit greifen, während ein Vertretenmüssen im Fall eines unvermeidbaren Irrtums abzulehnen wäre.<sup>1333</sup> An die Unvermeidbarkeit eines Rechtsirrtums stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen. Insbesondere ist dem Schädiger zuzumuten, sich bei unklarer Rechtslage den Rechtsrat eines Experten zuzuführen.<sup>1334</sup> Damit sind nicht nur Rechtsanwälte gemeint, sondern auch weitere rechtskundige Personen, wie beispielsweise Behörden innerhalb ihres Zuständigkeitsbereiches.<sup>1335</sup>

Fraglich ist jedoch, wann der Schädiger die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens überhaupt hinterfragen muss. Genauer: Muss ein Behandelnder sich die Frage stellen, ob er Heileingriffe am Patienten durchführen darf? Davon ist im Fall einer Aufklärungspflichtverletzung auszugehen, weil von dem Behandelnden verlangt werden kann, dass er sich zumindest rudimentär mit den Regeln über die Einwilligung zum Heileingriff auseinandergesetzt hat.<sup>1336</sup> Dann muss ihm aber auch bewusst sein, dass er den Patienten über Tatsachen aufzuklären hat, die sich auf dessen Risikobewertung des Heileingriffs auswirken. Aufgrund der Schwere des mit der Heilbehandlung verbundenen Eingriffs in die Gesundheit und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten kann von dem Behandelnden erwartet werden, dass er sich über die Folgen einer solchen Aufklärungspflichtverletzung informiert.

Der Behandelnde wäre im Vorfeld der Behandlung von einem rechtskundigen Berater auf die mögliche Aufklärungspflicht und den mit einer Zuwiderhandlung verbundenen Verlust der rechtfertigenden Einwilligung hingewiesen worden. Insbesondere hätte er sich bei Zweifeln über seine Eignung zum ärztlichen Beruf an die Approbationsbehörde wenden müssen, um etwaige Unsicherheiten aus dem Weg zu räumen. Der Irrtum war damit vermeidbar. Der Behandelnde hat die rechtswidrige Körperverletzung also zu vertreten.

Keine Auswirkungen hat ein strengerer Maßstab allerdings hinsichtlich des Bewusstseins von der Aufklärungspflicht, wenn der Patient die Einwilligung nach § 119 Abs. 2 BGB analog anfecht. Die Kenntnis des Rücknahmegrundes ist schließlich mit der Kenntnis der Nichtigkeit der Einwilligungserklärung gleichzusetzen, wenn der Patient in Fällen ohne Aufklärungspflicht die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB – konkludent oder ausdrücklich – erklärt, § 142 Abs. 2 BGB analog. Der Behandelnde nahm den Heileingriff bei erfolgter Anfechtung also in Kenntnis der fehlenden Rechtfertigung vor, sodass die Pflichtverletzung vorsätzlich geschah.

---

<sup>1333</sup> NK-BGB/*Dauner-Lieb*, § 276 Rn. 10.

<sup>1334</sup> BGH, NJW 1962, 1831 (1832); siehe auch MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 73; BeckOGK BGB/*Schaub*, § 276 Rn. 63; BeckOK BGB/*Lorenz*, § 276 Rn. 30.

<sup>1335</sup> BGH, GRUR 1982, 244 (246).

<sup>1336</sup> Vgl. Staudinger/*Caspers* (2019), § 276 Rn. 56; MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 73.

## cc. Vertretenmüssen der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung

Fraglich ist, ob der Behandelnde im Falle der Bösgläubigkeit hinsichtlich des Rücknahmegrundes auch die Verletzung der vorvertraglichen Aufklärungspflicht über die jeweiligen Umstände zu vertreten hat. Damit ihm eine vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung vorzuwerfen ist, müsste der Behandelnde Kenntnis davon gehabt haben, dass er den Patienten auch im Vorfeld des Vertragsschlusses über die Gründe aufklären muss, die eine Rücknahme nach sich ziehen. Dabei ist wieder zu beachten, dass die Kenntnis des Behandelnden anhand einer Parallelwertung in der Laiensphäre beurteilt werden muss. Ein künftiger Vertragspartner hat vor Abschluss des Vertrages über Umstände aufzuklären, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln oder zumindest erheblich zu gefährden.<sup>1337</sup> Diese Aufklärungspflicht muss dem Behandelnden nicht im rechtlichen Sinne bekannt sein. Es reicht aus, wenn ihm bewusst ist, dass ein Umstand, über den er gegenüber dem Patienten einen Wissensvorsprung hat, dazu führen könnte, dass der mit dem Behandlungsvertrag verfolgte Zweck nicht eintritt.

Hierbei ist wieder zwischen den verschiedenen Rücknahmegründen zu differenzieren. Hat der Behandelnde Kenntnis davon, dass er für den Arztberuf fachlich oder gesundheitlich ungeeignet ist, so ist ihm auch bewusst, dass der Zweck der Absprache, der in der Heilung des Patienten liegt, durch seine fehlende Expertise von Anfang an gefährdet ist. Auf Laienebene war dem Behandelnden in diesem Fall bewusst, dass die Umstände den Vertragszweck gefährden.

Darüber hinaus muss ihm auch Bewusstsein dahingehend nachgewiesen werden, dass er verpflichtet ist, den Vertragspartner über die den Vertragszweck gefährdenden Umstände zu informieren. Hierfür sind wiederum keine Kenntnisse der vertragsrechtlichen Dogmatik erforderlich. Es reicht aus, wenn dem Behandelnden bekannt ist, dass er dem anderen Teil die betreffende Information nicht vorenthalten darf.

Bei fehlender fachlicher Eignung könnte sich dieses Bewusstsein schon aus der Tatsache ergeben, dass dem Behandelnden die Patientengefährdung offenkundig ist. Allerdings wird den wenigsten Medizinerinnen bekannt sein, dass es einen Unterschied zwischen der Vornahme Heilbehandlung als solcher und der Verpflichtung zu dieser Heilbehandlung durch Vertragsschluss gibt. Dem Behandelnden wird daher zwar zu unterstellen sein, dass er sich im Vorfeld der Heilbehandlung darüber im Klaren ist, dass er den Patienten auf das Risiko hinweisen muss. Dass diese Pflicht aber auch schon bei Vertragsschluss besteht, wird er mangels juristischer Vorbildung nicht wissen, zumal ihm schon keine Kenntnis darüber unterstellt werden kann, dass es einen Zeitpunkt vor Vertragsschluss im juristischen Sinne überhaupt gibt. Vorsatz hinsichtlich der vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung über die mangelnde fachliche oder gesundheitliche Eignung des Behandelnden wird daher in aller Regel ausscheiden.

---

<sup>1337</sup> So schon unter § 8 II. 1. b. aa. (2).

Ebenso liegt der Fall im Ergebnis auch bei persönlicher Ungeeignetheit des Behandelnden wegen Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit. Die Vertragsgefährdung liegt in diesen Fällen nicht schon darin, dass sich ein ungeeigneter Behandelnder zur Vornahme der geschuldeten Leistung verpflichtet, denn der Behandlungserfolg wird aufgrund seiner fachlichen Eignung nicht gefährdet. Vielmehr liegt sie in der möglichen Rücknahme und der Unwirksamkeit des Vertrages aus § 134 BGB. Hierüber kann dem Behandelnden jedoch keine Kenntnis unterstellt werden, wenn die Thematik aus juristischer Sicht noch nicht abschließend geklärt ist. Eine vorsätzliche, vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung ist dem Behandelnden in Fällen der persönlichen Ungeeignetheit zum Arztberuf daher nicht zu unterstellen.

Es bleibt also nur eine Haftung wegen fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung, wobei die Vermeidbarkeit zu bejahen ist. Es ist dem Behandelnden nämlich ohne weiteres möglich, den Patienten vor Vertragsschluss über den Rücknahmegrund aufzuklären.

Fraglich ist aber wiederum die Erkennbarkeit, wobei sich der Behandelnde darauf berufen könnte, dass er hinsichtlich der vorvertraglichen Aufklärungspflicht einem unvermeidbaren Rechtsirrtum erlegen sei. Wie gesehen, werden an die Unvermeidbarkeit eines solchen Irrtums jedoch hohe Anforderungen gestellt. Insbesondere bei fehlender fachlicher oder gesundheitlicher Eignung führt schon die damit einhergehende Gefahr für den Patienten dazu, dass der Behandelnde die Geltung der Abrede mit dem Patienten zumindest in Zweifel ziehen muss. Der Gedanke, dass eine Absprache keinen Bestand haben könnte, wenn ihre Durchführung zu einer hohen Gefährdung des Gegenübers führen würde, liegt nah. Dann kann aber von dem Behandelnden verlangt werden, dass er den Rat eines Rechtskundigen hinzuzieht, wenn ihm nicht schon von allein bewusst ist, dass er sich nicht zu einer Heilbehandlung verpflichten darf.

Gleiches gilt im Fall fehlender persönlicher Eignung aufgrund von Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit, weil ihm ein Bewusstsein dahingehend zu unterstellen ist, dass der Patient ihn in Kenntnis des schwerwiegenden Fehlverhaltens schon gar nicht aufgesucht hätte. Den sich hieraus ergebenden Zweifel hinsichtlich des Fortbestandes der Abrede mit dem Patienten hätte der Behandelnde durch Hinzuziehung eines Rechtskundigen nachgehen müssen.

Mithin handelte der Behandelnde mit Blick auf die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung durch das Unterlassen der Aufklärung über den Rücknahmegrund fahrlässig.

Der Behandelnde hat im Fall der Kenntnis des Rücknahmegrundes mithin auch die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung zu vertreten.

*d. Kausaler Schaden*

Fraglich ist, ob der Patient auch dann einen ersatzfähigen Schaden geltend machen kann, wenn der Behandelnde zwar seine Aufklärungspflicht verletzt hat, die Behandlung ansonsten aber *lege artis* geschah und auch indiziert war.

Als Schaden kommen in diesem Fall zunächst die bei und nach der Behandlung erlittenen Schmerzen des Patienten in Betracht. Diese könnten als immaterielle Schäden nach § 253 Abs. 2 BGB ersatzfähig sein. Problematisch ist allerdings die Kausalität der Pflichtverletzung für die erlittenen Schmerzen. Dabei ist die Körperverletzung nicht isoliert zu betrachten, weil eine gerechtfertigte Körperverletzung keine Pflichtverletzung darstellen würde. Die Pflichtverletzung liegt gerade in der rechtswidrigen Heilbehandlung. Im Rahmen der Äquivalenztheorie ist daher zu fragen, ob mit Wegfall der rechtswidrigen Körperverletzung (und damit bei Hinzudenken einer gerechtfertigten Körperverletzung) auch der Schaden in Form der erlittenen Schmerzen entfallen würde. Das ist aber jedenfalls immer dann zu verneinen, wenn die Vornahme der Behandlung unumgänglich war. In diesem Fall hätte der Patient bei vollständiger Aufklärung den Eingriff zwar mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht von dem durch die Rücknahme gefährdeten Behandelnden vornehmen lassen. Allerdings hätte dann ein anderer Arzt die Behandlung vorgenommen, sodass es ebenso zu den Schmerzen gekommen wäre.<sup>1338</sup> Alles andere würde schon die Indikation des Heileingriffs in Frage stellen. Die rechtswidrige Körperverletzung hätte die Schmerzen dann nicht äquivalent kausal verursacht. Sie kann hinweggedacht werden, ohne dass die Schmerzen des Patienten entfallen.

Ein Schmerzensgeldanspruch aufgrund einer nicht gerechtfertigten Heilbehandlung kommt nach Ansicht des Bundesgerichtshofes und der wohl herrschenden Meinung in der Literatur nur in Betracht, wenn neben den mit dem Heileingriff typischerweise verbundenen Schmerzen, die der Patient auch bei vollständiger Aufklärung und Behandlung durch einen anderen Arzt erleiden würde, noch weitere Gesundheitsbeeinträchtigungen treten. Ansonsten drohe eine uferlose Haftung der Ärzte.<sup>1339</sup>

---

<sup>1338</sup> Vgl. OLG Koblenz, VersR 2003, 253; *Kullmann*, VersR 1999, S. 1190; *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 125.

<sup>1339</sup> BGHZ 176, 342 (347); 172, 1 (4 f.) (Umkehrschluss); und zuvor schon BGH, GesR 2006, 181; ebenso: OLG Bamberg, NJW-RR 2012, 467 (468); OLG Dresden, NJW 2004, 298 (299); KG Berlin, VersR 2004, 1320 (1321); OLG Koblenz, GesR 2004, 411; OLG Naumburg, VersR 2010, 1185 (1186); OLG Naumburg, GesR 2004, 494 (495); *Deutsch*, AcP 1992, S. 161 (178); *Deutsch/Spickhoff*, Rn. 528 f.; *Kullmann*, VersR 1999, S. 1190; *Gerda Müller*, FS Geiß, S. 464 ff.; *Gerda Müller*, GesR 2004, S. 257 (261); *Seibl*, MedR 2008, S. 666 (668) [Anm. zu BGHZ 176, 342]; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, Rn. C 150; *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Rn. A 2128 f.; *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 77; BeckOK BGB/*Förster*, § 823 Rn. 826; MüKo BGB/*Wagner* § 630e Rn. 73; zustimmend auch *von Sachsen Gessaphe*, MedR 2009, S. 283 285 als Anmerkung zu BGHZ 176, 342, wobei aber nicht klar wird, warum der verlangte Schaden nicht auch in einer Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen kann. Nichts anderes ergibt sich aus BGH, VersR 1967, 495; in dem betreffenden Urteil hatte das Gericht nämlich gar nicht über diese Frage zu entscheiden, weil der Haftungsgrund bereits bindend von der Vorinstanz festgestellt worden war (siehe unter V.).



aa Ersatzfähiger Schaden bei bloßer Verletzung des Persönlichkeitsrechtes?

Nach anderer Auffassung führen nicht die Schmerzen aus dem nicht gerechtfertigten Heileingriff zum Schadensersatzanspruch, sondern der mit der rechtswidrigen Heilbehandlung verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Patienten.<sup>1340</sup> Dies gebiete die Sanktions- und Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldanspruchs.<sup>1341</sup> Danach haftet der Behandelnde auch dann auf Schmerzensgeld, wenn es über den körperlichen Eingriff zum Zweck der Heilbehandlung hinaus zu keinen weiteren Gesundheitsbeeinträchtigungen gekommen ist. Neben der nicht kausal gewordenen Körperverletzung durch den Heileingriff liege auch ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten vor. Diese Rechtsgutsverletzung führe zu einem kausalen Schaden, nämlich den Verlust an der Entscheidungsfreiheit des Patienten darüber, ob der Eingriff stattfinden soll.<sup>1342</sup>

Diese Kontroverse hängt eng mit der rechtlichen Einordnung des ärztlichen Heileingriffs zusammen, die wie gesehen im Wesentlichen nach zwei verschiedenen Ansätzen vorgenommen wird. Oben wurde aufgezeigt, dass die besseren Argumente für die Konstruktion der Rechtsprechung streiten. Allerdings ist auch unter den Vertretern der Körperverletzungsdoktrin anerkannt, dass eine Verletzung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit zumindest auch eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts darstellt. Eine rechtswidrige Körperverletzung ist danach nicht möglich, ohne dass auch das Recht des Betroffenen verletzt wird, über seinen Körper zu disponieren. Dann spricht aber nichts dagegen, die Persönlichkeitsrechtsverletzung zur Grundlage eines Schadensersatzanspruchs zu machen, wenn die ebenfalls vorliegende Körperverletzung nicht zu einem kausalen Schaden geführt hat.

Die Rechtsgüter sind keinesfalls bis zur Unkenntlichkeit des Persönlichkeitsrechts miteinander verschränkt.<sup>1343</sup> Vielmehr ist eine Verletzung der einzelnen Rechtsgüter durchaus noch als solche zu erkennen. Die Persönlichkeitsrechtsverletzung liegt primär in der fehlerhaften Aufklärung und verwirklicht sich in dem

---

<sup>1340</sup> OLG Jena, VersR 1998, 586 unter III unter Verweis auf MüKo BGB/Mertens (3. Auflage), § 823 Rn. 457; Giesen, Arzthaftungsrecht, Rn. 53; zustimmend: Laufs, NJW 1969, S. 529 (531); Bender, MedR 1999, S. 260 (263); Hart, FS Heinrichs, S. 291 (316); Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 240 f.; Grams, GesR 2009, S. 69 f.; Borgmann, NJW 2010, S. 3190 (3192); Katzenmeier, Arztrecht, S. 123; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, Rn. V 100; RGRK/Nüßgens, § 823 Anh. II Rn. 154; Nüßgens, FS Nirk, S. 745 (751); Dunz, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S. 18; Weber-Steinhaus, Ärztliche Haftung als Sonderdeliktsrecht, S. 22 und 81 ff.; Harald Franzki, Der Arzthaftungsprozess, S. 25; wohl auch Wietbölder, Die Aufklärungspflicht der Arztes, S. 106 ff. Janda, JZ 2012, S. 932 (937) hält das Selbstbestimmungsrecht zwar für isoliert verletzbar, sieht hierin aber ob der hohen Voraussetzungen des Schmerzensgeldanspruchs keinen Vorteil für den Patienten. Zur verfassungsrechtlichen Verortung des Selbstbestimmungsrechts siehe ferner Francke, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, S. 101 ff.

<sup>1341</sup> OLG Jena, VersR 1998, 586 unter III.

<sup>1342</sup> Wietbölder, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 109; Schramm, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 240 f.; Hart, FS Heinrichs, S. 315.

<sup>1343</sup> Siehe auch Janda, JZ 2012, S. 932 (937), wonach das Selbstbestimmungsrecht nicht durch das Rechtsgut der körperlichen Integrität konsumiert wird.

Moment, in dem der Eingriff aufgrund der unwirksamen Einwilligung erfolgt. Die Körperverletzung liegt in dem Heileingriff als solchen. Es muss daher möglich sein, auch mit Blick auf die Kausalität zwischen den beiden Rechtsgütern zu differenzieren. Das gebietet schon die Feststellung, dass die Verletzung des jeweiligen Rechtsgutes zu verschiedenartigen Schäden führen kann.

Damit ist nicht gesagt, dass jede Aufklärungspflichtverletzung zu einem Schadensersatzanspruch führen muss. Vielmehr sind die erhöhten Anforderungen zu beachten, die im Falle einer Persönlichkeitsrechtsverletzung an die Gewährung von Schmerzensgeld gestellt werden.<sup>1344</sup> Liegt aber eine besonders schwere Verletzung vor, etwa weil sich der Arzt über den erklärten Willen des Patienten hinwegsetzt, ist nicht einzusehen, warum dem Patienten hierfür kein angemessener Ausgleich zukommen soll.

Von einer Kompensation der Rechtsgutsverletzung durch die Wiederherstellung der Gesundheit<sup>1345</sup> kann wohl kaum gesprochen werden, da eine einmal getroffene Entscheidungsmöglichkeit über den eigenen Körper nicht zu kompensieren ist.

Ferner erscheint ein Ersatzanspruch auch aus Gründen der Prävention sinnvoll: Aufklärungsmängel könnten so effektiver verhindert werden, weil der Ersatzanspruch die Bereitschaft erhöhen dürfte, eine ordnungsgemäße Aufklärung vorzunehmen. Auch ist nicht recht ersichtlich, warum die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts keinen (immateriellen) Schaden darstellen soll, die Verletzung der Rechtsgüter Körper und Gesundheit aber schon. Die von der Rechtsprechung befürchtete ausufernde Haftung besteht angesichts der restriktiven Voraussetzungen an einen Schmerzensgeldanspruch in diesem Bereich gerade nicht.

*Hager* argumentiert zwar, dass nach dieser Auffassung auch dann eine Entschädigung zu zahlen wäre, wenn der Eingriff trotz mangelnder Aufklärung gänzlich unterbleibt. Wird beispielsweise vor einer Operation mangelhaft aufgeklärt, nimmt der Patient den Eingriff dann aber durch einen anderen Arzt vor, müsse er trotzdem eine Entschädigung für die Einschränkung seiner Entscheidungsfreiheit erhalten. Ob der Patient in diesem Fall eine Entschädigung erhalten sollte, erscheine fragwürdig. Das gelte insbesondere, wenn man den Vergleich zu einem Patienten zieht, der einen dauerhaften Schaden davongetragen hat und die gleiche Entschädigung erhält.<sup>1346</sup> Tatsächlich liegt in diesem Fall aber noch keine Verletzung des Rechts auf Selbstbestimmung vor. Diese entsteht erst, wenn der Arzt den Eingriff tatsächlich ohne wirksame Einwilligung des Patienten vornimmt. Der Patient könnte für diesen Fall also keine Entschädigung verlangen, sodass der Einwand fehlt.

---

<sup>1344</sup> A.A.: *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 241, der diese Beschränkung in solchen Fällen ablehnt.

<sup>1345</sup> *Kullmann*, VersR 1999, S. 1190 (1192); *Janda*, JZ 2012, S. 932 (940).

<sup>1346</sup> *Staudinger/Hager* (2017), § 823 Rn. I 77.

Ein isolierter Schaden an dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist folglich möglich und kann zu einem Schmerzensgeldanspruch führen. Dieser Anspruch leitet sich nicht aus § 253 Abs. 2 BGB ab, sondern direkt aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>1347</sup> Ferner macht das Bundesverfassungsgericht den Unterschied zu einem Schmerzensgeldanspruch nach § 253 Abs. 2 BGB an der Terminologie fest und spricht nunmehr von der Zubilligung einer Geldentschädigung.<sup>1348</sup>

#### bb. Besondere Voraussetzungen für ersatzfähige Persönlichkeitsrechtsverletzungen

Allerdings müssten die Voraussetzungen vorliegen, die an die Ersatzfähigkeiten einer Persönlichkeitsrechtsverletzung gestellt werden. Diese muss zunächst eine gewisse Erheblichkeit erreichen, wozu neben der Erheblichkeit der Tat als solche auch der Grad des Verschuldens beim Täter entscheidend ist.<sup>1349</sup> Darüber hinaus darf die Verletzung nicht anderweitig zu kompensieren sein.<sup>1350</sup>

Die Entwicklung dieser besonderen Voraussetzungen hängt mit der Tatsache zusammen, dass sich die Problematik der Entschädigung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vorwiegend im Medienrecht abspielt.<sup>1351</sup> Die Besonderheit, die mediale Persönlichkeitsrechtsverletzungen so schwerwiegend machen, als dass eine Entschädigung gerechtfertigt erscheint, liegt in deren Öffentlichkeitsbezug. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung durch einen Zeitungsartikel findet nicht nur zwischen Verlag und betroffener Person statt, sondern erlangt ihre besondere Schwere erst durch die Außenwirkung über die Beziehung zwischen Schädiger und Verletztem hinaus. Demgegenüber verlassen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Aufklärungspflichtverletzungen im Arzt-Patienten-Verhältnis dieses Zwei-Personen-Verhältnis nicht. Mangels Außenwirkung kann eine Verletzung also schon gar nicht den gleichen Schaden anrichten wie im medialen Bereich.<sup>1352</sup>

Daraus zieht ein Teil der Literatur den Schluss, die Einschränkungen eines Ersatzanspruchs seien auf das Arzt-Patienten-Verhältnis nicht anwendbar, weil eine mit dem Medienrecht vergleichbare Erheblichkeit mangels Öffentlichkeitsbezug gar nicht erreicht werden könne.<sup>1353</sup> Die Folge wäre allerdings dann wirklich eine

---

<sup>1347</sup> BVerfGE 34, 269 (292); stattdessen für einen Anspruch auf Gewinnabschöpfung: Staudinger/*Schiemann* (2017), § 253 Rn. 57.

<sup>1348</sup> BVerfG, NJW 2000, 2187.

<sup>1349</sup> *Prinz*, NJW 1996, S. 953 (954).

<sup>1350</sup> BGHZ 35, 363 (369); 95, 212 (214 f.); 128, 1 (15 f.); 132, 13 (27); 160, 298 (306).

<sup>1351</sup> Siehe auch *Hart*, FS Heinrichs, S. 314, wonach sich die Rechtsprechung meist auf den Schutz des selbstbestimmten sozialen Geltungsanspruchs bezieht.

<sup>1352</sup> *Janda*, JZ 2012, S. 932 (939).

<sup>1353</sup> *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 241; ebenso *Hart*, FS Heinrichs, S. 315, der bemerkt, dass eine erhebliche Persönlichkeitsrechtsverletzung in jeder Aufklärungspflichtverletzung liegt, weil ohnehin nur über entscheidungserhebliche Informationen aufzuklären ist; Zweifel an der Übertragbarkeit äußert auch *Grams*, GesR 2009, S. 69 (71).

uferlose Haftung für jede noch so kleine Aufklärungspflichtverletzung, sodass die Beschränkungen aufrechtzuerhalten sind.<sup>1354</sup>

Für ein Schmerzensgeld bei reiner Persönlichkeitsrechtsverletzung muss diese also zunächst eine gewisse Erheblichkeit erreichen (a) und außerdem nicht anderweitig kompensiert werden können (b).

#### (1) Erheblichkeit der Persönlichkeitsrechtsverletzung

Fraglich ist also zunächst, ob die Persönlichkeitsrechtsverletzung des Patienten im Falle der Rücknahme der Approbation die Erheblichkeitsschwelle überschreitet.

Meines Erachtens nach ist die Erheblichkeitsschwelle in jedem Fall überschritten, wenn den Behandelnden eine Aufklärungspflicht über den Rücknahmengrund trifft und er dieser Pflicht nicht nachkommt. Trifft den Behandelnden beispielsweise eine Aufklärungspflicht über seine mangelnde Qualifikation, so ist diese Information für die Entscheidung des Patienten von elementarer Bedeutung. Denn bei Kenntnis wird er den Eingriff niemals legitimieren. Gleiches gilt, wenn eine Aufklärungspflicht über Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung besteht, die der Behandelnde vor Erlangung der Approbation begangen hat. In diesem Fall ist wegen der hohen Relevanz der aufklärungspflichtigen Information von einer erheblichen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts auszugehen. Die Entscheidung des Patienten wird durch den Behandelnden letztlich sogar manipuliert, denn ihm wird bewusst sein, dass dieser sich bei Aufklärung über die Rücknahmegründe nicht von ihm behandeln lassen würde.<sup>1355</sup> Durch das Unterlassen der Aufklärung über einen Umstand, von dem die Vornahme des Eingriffs letztlich entscheidend abhängt, hat der Behandelnde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten sozusagen „auf null reduziert“. Von einer freien Entscheidung über die Vornahme des Eingriffs kann dann nicht mehr gesprochen werden. Das rechtfertigt die Annahme einer erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzung.

Im Gegensatz dazu muss die Erheblichkeitsschwelle bei weniger entscheidenden aufklärungspflichtigen Informationen nicht überschritten sein. Hat der Behandelnde über ein bestimmtes Risiko des Eingriffs die Aufklärung versäumt, wird man nicht in jedem Fall davon ausgehen dürfen, dass der Patient bei Kenntnis von der Behandlung Abstand genommen hätte. Klärt der Behandelnde über ein vergleichsweise seltenes, aber dennoch auftretendes Risiko nicht auf, wird man hierin keine Reduzierung der Entschließungsfreiheit „auf null“ erblicken können. Es ist immerhin denkbar, dass sich der Patient trotz des Risikos zu dem Eingriff entschlossen hätte. Ein Schmerzensgeldanspruch wäre dann zu verneinen.

Problematisch wird diese Argumentation aber, wenn man den Blick über den Tellerrand des ärztlichen Behandlungsverhältnisses hinaus auf andere Täuschungshandlungen richtet. Klärt beispielsweise ein Autohändler über erhebliche Mängel am Wagen nicht auf und hätte der Käufer den Vertrag bei Kenntnis der

<sup>1354</sup> Janda, JZ 2012, S. 932 (939).

<sup>1355</sup> Vgl. Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 82.

Mängel nicht abgeschlossen, läge nach dem Gesagten ebenfalls eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vor. In diesem Fall käme aber niemand auf die Idee, dem Käufer eine Entschädigung für die Persönlichkeitsrechtsverletzung zu zahlen. Meines Erachtens nach ist an dieser Stelle aber zwischen den hinter dem Selbstbestimmungsrecht stehenden Rechtsgütern zu unterscheiden. Die Schwere einer Verletzung des Selbstbestimmungsrechts hängt wesentlich vom Stellenwert des Rechtsgutes ab, über welches disponiert wird. Im Falle der verletzten ärztlichen Aufklärungspflicht disponiert der Patient über seinen Körper und seine Gesundheit. Bei Verletzung einer Aufklärungspflicht über wesentliche Mängel an einer Kaufsache, bei deren Kenntnis der Käufer den Vertrag nicht geschlossen hätte, liegt der Bezugspunkt des Selbstbestimmungsrechts in dessen Vermögen. Dieses wird als Rechtsgut aber weit weniger geschützt als die körperliche Unversehrtheit, was schon die Aufzählung der Rechtsgüter in § 823 Abs. 1 BGB deutlich macht.<sup>1356</sup> Demgegenüber sind die Rechtsgüter Körper und Gesundheit sogar in Art. 2 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich explizit geschützt. Betrifft die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes die Disposition über das Vermögen, kann noch nicht von einer erheblichen Verletzung gesprochen werden. Übervorteilungen bei Vertragsverhandlungen sind in unserer Gesellschaft an der Tagesordnung. Man wird also behaupten können, dass die erlittene Unbill in diesem Fall geringer ist als bei einer Täuschung eines Behandlenden über seine Fähigkeiten.

Bei einer Verletzung der Aufklärungspflicht über das Vorliegen von Rücknahmegründen ist folglich von einer erheblichen Persönlichkeitsrechtsverletzung auszugehen.

## (2) Keine anderweitige Kompensation der Verletzung

Neben dem Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle dürfte die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts im Falle eines materiellen Aufklärungsmangels ferner nicht anderweitig kompensiert werden können. Von einer Kompensation lässt sich nur sprechen, wenn die Zwecke, zu deren Erreichen ein Entschädigungsanspruch gewährt wird, auch ohne diesen Anspruch erfüllt werden.<sup>1357</sup>

Die Funktionen der Entschädigung liegen vorrangig im Ausgleich der erlittenen Schmerzen.<sup>1358</sup> Hierzu wird vertreten, ein Ausgleich der Persönlichkeitsrechtsverletzung erfolge schon in Form der Wiederherstellung des körperlichen Wohlbefindens des Patienten.<sup>1359</sup> Da die Entscheidung durch den Patienten nicht noch einmal getroffen werden kann, ist ein Ausgleich der vergangenen Chance durch eine Verbesserung der Gesundheit aber gar nicht möglich.<sup>1360</sup> Zwar wird

---

<sup>1356</sup> Das Vermögen wird auch nicht als „sonstiges Recht“ iSd. § 823 Abs. 1 BGB geschützt, siehe MüKo BGB/Wagner, § 823 Rn. 370 mwN.

<sup>1357</sup> Janda, JZ 2012, S. 932 (940).

<sup>1358</sup> BGHZ, 18, 149 (154); 120, 1 (4 f.); zustimmend BeckOK BGB/Spindler, § 253 Rn. 14.

<sup>1359</sup> Janda, JZ 2012, S. 932 (940).

<sup>1360</sup> Weber-Steinhaus, Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, S. 83; vgl. auch BGHZ 18, 149 (156), wonach eine Saldierung der Schmerzen mit anderweitigen Freuden nicht möglich ist.

der Patient bei einer gelungenen Behandlung durchaus ein Gefühl der Dankbarkeit verspüren. Dieses dürfte ihn aber nicht darüber hinwegtrösten, dass der Behandelnde ihm wesentliche Informationen vorenthalten hat und damit letztlich über seinen Kopf hinweg entschieden hat. Vielmehr wird auch im Nachhinein ein ungutes Gefühl darüber verbleiben, sich gerade diesem Behandelnden anvertraut zu haben, der eigentlich niemals als Arzt hätte tätig werden dürfen.

Hinzu dürfte eine starke Verunsicherung gegenüber der Ärzteschaft im Allgemeinen treten, welche vor dem Hintergrund der Relevanz gegenseitigen Vertrauens zwischen Arzt und Patient besonders schwer wiegt. Erfolg und Misserfolg einer Heilbehandlung hängen nicht unwesentlich von einer gesunden Vertrauensbasis im Arzt-Patienten-Verhältnis ab. Die Störung dieses Vertrauensverhältnisses kann ebenfalls nicht allein mit der gelungenen Heilbehandlung ausgeglichen werden.

Darüber hinaus wird der Entschädigung auch eine Genugtuungsfunktion zugeschrieben.<sup>1361</sup> Der Bundesgerichtshof verschafft sich damit einen zusätzlichen Bewertungsfaktor im Rahmen der Schadensbemessung, der es ermögliche, die durch den Schadensfall hervorgerufene persönliche Beziehung zwischen Schädiger und Geschädigten zu berücksichtigen. Der Entschädigungsanspruch diene aber nicht der Befriedigung eines Bedürfnisses nach Rache oder Abrechnung.<sup>1362</sup> Der Rechtsprechung geht es darum, dem Richter ein möglichst breites Band an Kriterien an die Hand zu geben, an denen er die Entschädigung bemessen kann.<sup>1363</sup> Die Höhe des Ersatzanspruchs soll nicht allein von dem beim Geschädigten eingetretenen immateriellen Schaden abhängen, sondern es soll zusätzlich auf Umstände zurückgegriffen werden können, die ihren Ursprung beim Schädiger haben.<sup>1364</sup> Vor dem Hintergrund einer reinen Ausgleichsfunktion wäre das aber nicht möglich gewesen, weil es danach nur auf den tatsächlich beim Geschädigten entstandenen Schaden ankommen würde.

Indem der Bundesgerichtshof auch die Vorwerfbarkeit des Schädigers in den Blick nimmt, rückt er den Entschädigungsanspruch allerdings in die Nähe einer Bestrafung. Ein Teil der Literatur sieht die Grenze zum staatlichen Strafmonopol sogar als überschritten an und lehnt die Genugtuungsfunktion des Entschädigungsanspruchs daher ab.<sup>1365</sup>

<sup>1361</sup> BGHZ, 18, 149 (155); 80, 384 (386); 120, 1 (5); 128, 117 (120 f.); ebenso MüKo BGB/*Oetker*, § 253 Rn. 13; kritisch: BeckOK BGB/*Spindler*, § 253 Rn. 16.

<sup>1362</sup> BGHZ 18, 149 (157); 128, 117 (123); BGH, NJW 1996, 1591 unter II. 2.

<sup>1363</sup> So auch NK-BGB/*Huber*, § 253 Rn. 23; *Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S. 63 f.

<sup>1364</sup> *JurisPK BGB/Vieneg/Lorz*, § 253 Rn. 28.

<sup>1365</sup> *Lorenz*, Immaterieller Schaden und billige Entschädigung in Geld, S. 133; *Schwerdtner*, JuS 1978, S. 289 (297); *Klimke*, VersR 1981, S. 390 (391) als Anmerkung zu LG München II vom 28.5.1980 (4 O 3770/79); *Canaris*, FS Deutsch, S. 85 (102 f.); *E. Lorenz*, FS Wiese, S. 261 (275); *Lepa*, FS G. Müller, S. 113 (120 f.); *Staudinger/Schiemann* (2017), § 253 Rn. 53; gegen den Genugtuungsgedanken auch *Wagner*, JZ 2004, S. 319 (321); *Diederichsen*, VersR 2005, S. 433 (435); kritisch auch NK-BGB/*Huber*, § 253 Rn. 26; *Kötz/Wagner DeliktsR* Rn. 706.

Ob die Grenze zum staatlichen Strafmonopol überschritten ist, kann jedoch dahinstehen, weil es hier nur um den Aspekt der Kompensation geht. Bejaht man die Genugtuungsfunktion, kann diese nicht durch die strafrechtliche Verurteilung des Behandelnden erfüllt werden.<sup>1366</sup> Denn sie soll sich nach der Rechtsprechung ja gerade nicht mit der Genugtuung im strafrechtlichen Sinn decken. Auch eine anderweitige Gewährleistung der Genugtuungsfunktion kommt dann nicht in Betracht, sodass sie nur durch einen Entschädigungsanspruch erfüllt werden könnte. Verneint man dagegen die Genugtuungsfunktion, kommt es für einen Entschädigungsanspruch auch nicht auf ihre anderweitige Kompensation an.

Schließlich kommt der Entschädigung auch eine Präventionsfunktion zu.<sup>1367</sup> Mit Blick auf den Gedanken der Spezialprävention geht diese Funktion ohnehin ins Leere, denn der Patient wird sich wohl kaum ein weiteres Mal an den Behandelnden wenden, nachdem er Kenntnis von dem Rücknahmegrund erlangt hat.

Zu dem Aspekt der Generalprävention wird von *Janda* angeführt, hierzu seien schon die drohenden berufsrechtlichen Sanktionen ausreichend.<sup>1368</sup> Der Mediziner werde immer versuchen, ordnungsgemäß aufzuklären, weil er schlimmstenfalls bei wiederholter rechtswidriger Behandlung mit dem Entzug der Approbation rechnen muss. Einer weiteren Sanktion sei daneben nicht erforderlich.

Für den Fall der *ex tunc* entzogenen Approbation verfängt diese Argumentation allerdings nicht. Behandelnde, die sich über die Rücknahmegründe im Klaren sind, werden von einer Vornahme der Behandlung mit Blick auf die berufsrechtlichen Maßnahmen keinen Abstand nehmen, weil ihnen hieraus kein Vorteil erwächst. Immerhin erfüllen sie bereits den Tatbestand der härtesten berufsrechtlichen Maßnahmen und müssen jederzeit mit einer Rücknahme der Approbation rechnen. Für die Rücknahme ist es egal, ob der Behandelnde den Patienten richtig aufklärt, weil die Rücknahmevoraussetzungen ohnehin schon erfüllt sind. Er wird es daher darauf ankommen lassen und die möglichen berufsrechtlichen Konsequenzen in Kauf nehmen.

Dieser Gedanke hat übrigens nur für die Frage der präventiven Wirkung der Rücknahmeandrohung gegenüber einer mangelhaften Aufklärung Berechtigung. Keinesfalls kann er gegen die Präventionswirkung der Rücknahmemöglichkeit des § 5 Abs. 1 BÄO im Allgemeinen fruchtbar gemacht werden. Im Vorfeld der Approbationserteilung können die aufgezeigten, gewichtigen Rechtsfolgen der Rücknahme den Antragssteller sehr wohl dahingehend steuern, dass er in Kenntnis des Rücknahmegrundes keine Approbation beantragt oder die Behörde zumindest

---

<sup>1366</sup> So aber *Janda*, JZ 2012, S. 932 (940); wie hier dagegen: BGHZ 128, 117 (122 ff.); BGH, NJW 1996, 1591 unter II. 2.; ebenso *Steffen*, FS Odersky, S. 723 (728); *Jaeger* ZGS 2004, S. 217 (218).

<sup>1367</sup> BGHZ 128, 1 (16); 160, 298 (302); BGH, NJW 1996, 984 (985); NJW 2014, 2029 (2034). Die Rechtsprechung ist verfassungskonform: BVerfG, NJW 2000, 2187 (2188); ebenso für eine Präventionsfunktion bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen: *Kätz/Wagner* DeliktsR Rn. 707; *Staudinger/Schiemann* (2017), § 253 Rn. 33; BeckOK BGB/*Spindler*, § 253 Rn. 17 ff.; MüKo BGB/*Oetker*, § 253 Rn. 14.

<sup>1368</sup> *Janda*, JZ 2012, S. 932 (940).

über das Fehlverhalten informiert. Im Vorfeld der Approbationserteilung hat der Antragssteller noch die Wahl, ob er sich dem Risiko der möglichen Rücknahme aussetzen will. Informiert er die Behörde, hat er keine Nachteile zu befürchten. Bei der hier diskutierten Aufklärung über den Heileingriff schwebt die Rücknahme dagegen zwangsläufig wie ein Damoklesschwert über ihm, auch eine korrekte Aufklärung ändert hieran nichts.

Ein Entschädigungsanspruch des Patienten wäre in diesem Fall geeignet, den Behandelnden von dem rechtswidrigen Heileingriff abzuhalten. Er würde eine zusätzliche Sanktion darstellen, die der Behandelnde durch sein Verhalten noch abwenden kann. Damit ist er zur Prävention geeigneter als die drohende Rücknahme, auf die der Behandelnde keinen Einfluss hat.

Allerdings ist nicht aus den Augen zu verlieren, dass der Behandelnde auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird, wenn er eine Heilbehandlung ohne rechtfertigende Einwilligung des Patienten vornimmt.<sup>1369</sup> Die Präventionsfunktion wird zumindest auch dadurch sichergestellt, dass der Behandelnde sich bei mangelndem *informed consent* wegen Körperverletzung strafbar macht.

Allerdings lässt sich kaum feststellen, wann das Höchstmaß an Prävention erreicht ist. Man kann also nicht davon sprechen, dass eine strafrechtliche Verurteilung die Prävention vollständig gewährleistet. Vielmehr ist ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch geeignet, den strafrechtlichen Präventionseffekt noch zu verstärken. Dieser verstärkende Einfluss kann durch die verbleibende Strafbarkeit jedenfalls nicht vollständig aufgefangen werden.

Darüber hinaus ist auch nicht jede Behandlungsmaßnahme unter den Tatbestand des § 223 StGB zu subsumieren. So fallen Heileingriffe, die weder substanzverletzend noch schmerzhaft sind, nicht unter die Formulierung der körperlichen Misshandlung oder der Gesundheitsschädigung.<sup>1370</sup> In diesen Fällen hängt eine Prävention vor mangelhafter Aufklärung also ganz wesentlich von einem zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch ab.

Auch der Präventionszweck des Entschädigungsanspruchs wird mit Blick auf die Generalprävention daher nicht vollständig kompensiert.

Die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes kann daher nicht anderweitig kompensiert werden.

### (3) Zwischenergebnis

Die Voraussetzungen zur Gewährung einer Geldentschädigung wegen einer Persönlichkeitsrechtsverletzung liegen also vor. Hinsichtlich der Höhe des Ersatzanspruchs ist auf die Schwere des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abzustellen. Hierzu hat man sich erneut zu vergegenwärtigen, dass die Schwere des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht durch das Rechtsgut be-

---

<sup>1369</sup> Siehe BGH, NJW 2000, 885 (886) mwN.

<sup>1370</sup> Spickhoff/*Knauer/Brose*, § 223 StGB Rn. 20.



stimmt wird, über das der Betroffene disponiert.<sup>1371</sup> Es erscheint mithin sinnvoll, die Höhe des Schmerzensgeldes von dem Gewicht des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit des Patienten abhängig zu machen. Wird der Patient über Risiken bei einer schwerwiegenden Operation fehlerhaft aufgeklärt, liegt ein intensiverer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht vor, als wenn der Behandelnde ihn nur falsch über die Risiken der Anwendung von Augentropfen informiert.

Für die Höhe eines Schmerzensgeldanspruchs bei nicht vorgenommener Aufklärung über die Rücknahmegründe kommt es mithin darauf an, von welcher Natur der ärztliche Eingriff war: Hat der Behandelnde den Rücknahmegrund bei einem Aufklärungsgespräch im Vorfeld einer Operation verschwiegen, ist das Schmerzensgeld also deutlich höher zu bemessen, als wenn die Behandlung in der Einnahme von Ibuprofen bestand.

#### (4) Vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung

Zu klären wäre noch, ob die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung kausal für den eingetretenen Schaden beim Patienten geworden ist. Dabei ist aber schon problematisch, ob Kausalität im Sinne der Äquivalenztheorie<sup>1372</sup> bejaht werden kann. Hätte der Behandelnde den Patienten im Vorfeld des Vertragsschlusses über die Rücknahmegründe informiert, hätte der Patient wohl kaum einen Behandlungsvertrag mit ihm abgeschlossen und sich nicht von dem Schädiger behandeln lassen. Die Kausalität könnte allerdings verneint werden, wenn der Patient aufgrund seiner Beschwerden einen anderen Arzt aufgesucht hätte, der denselben Heileingriff mit denselben damit verbundenen Schmerzen vorgenommen hätte.

Jedenfalls ist aber fraglich, ob die vorvertragliche Aufklärungspflicht auch den Schutz vor den entstandenen Schmerzen bezweckt. Mit anderen Worten: Dient eine vorvertragliche Aufklärungspflicht dazu, den Patienten vor Schäden zu bewahren, die auf körperliche Einwirkungen durch den Behandelnden zurückzuführen sind? Vorvertragliche Pflichten haben den Zweck, diejenigen Rechtsgüter zu schützen, auf die die Vertragspartner schon im vorvertraglichen Bereich einwirken können. Dazu gehört zwar grundsätzlich auch Körper und Gesundheit des Patienten, jedoch gilt dies nur im Hinblick auf Gefahren aus dem vorvertraglichen Bereich. Diesbezügliche Pflichten betreffen aber eher den Bereich der Verkehrssicherung. Beispielhaft ist das berühmte Salatblatt zu nennen, auf dem der potentielle Käufer in einem Kaufhaus ausrutscht und sich verletzt.<sup>1373</sup> Vor Pflichtverletzungen solcher Art soll auch schon im vorvertraglichen Bereich geschützt werden. Vorvertragliche Aufklärungspflichten haben dagegen eher Schäden im Blick, die beispielsweise durch frühzeitige Vermögensdispositionen entstehen und nicht durch eine Einwirkung auf Körper oder Gesundheit des Vertragspartners. Die bei der Heilbehandlung erlittenen Schmerzen fallen damit nicht in den Schutzzweck

<sup>1371</sup> Siehe hierzu schon unter § 8 II. 1. d. bb. (1).

<sup>1372</sup> Siehe hierzu BGHZ 2, 138 (141 f.); BeckOK BGB/*Förster*, § 823 Rn. 256.

<sup>1373</sup> BGHZ 66, 51 ff.,

der vorvertraglichen Aufklärungspflichten und sind damit nicht kausal auf diese zurückzuführen. Vielmehr fallen solche Schäden in den Schutzbereich vertraglicher Aufklärungspflichten.

Gleiches gilt für den immateriellen Schaden am Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Auch dieser liegt nicht im Schutzzweck der vorvertraglichen Aufklärungspflicht, die dazu dient, den Vertragspartner vor ungünstigen Vertragsabschlüssen zu bewahren. Das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Integrität soll sie dagegen nicht schützen.

Die vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung hat folglich nicht zu einem kausalen Schaden geführt.

#### *e. Zwischenergebnis*

Der Patient hat gegen den bösgläubigen Behandelnden einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 iVm. §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz des immateriellen Schadens, der ihm durch die Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG entstanden ist.

2. Sekundäransprüche des Patienten gegen den gutgläubigen Behandelnden wegen unwirksamer Einwilligung aus § 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB

Zu klären ist zudem, ob der Patient auch einen Schmerzensgeldanspruch gegenüber einem gutgläubigen Behandelnden hat, der weder Kenntnis noch fahrlässige Unkenntnis von dem Rücknahmegrund hatte.

#### *a. Schuldverhältnis*

War der Behandelnde hinsichtlich der Rücknahmegründe gutgläubig, bleibt der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit bestehen.<sup>1374</sup> Im Zeitpunkt der Heilbehandlung bestand also noch ein vertragliches Schuldverhältnis, sodass ein Schadensersatzanspruch nicht auf die *culpa in contrahendo* gestützt werden muss, sondern direkt aus §§ 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB resultiert.

#### *b. Pflichtverletzung*

Fraglich ist dann wieder, ob die Heilbehandlung mangels *informed consent* rechtswidrig erfolgte, sodass eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB vorliegt. Dabei kann bereits ein formeller Fehler darin liegen, dass der Behandelnde mangels adäquater Ausbildung nicht für das Aufklärungsgespräch qualifiziert war. Auch ein materieller Aufklärungsfehler kommt in Betracht; der Behandelnde hat grundsätzlich die Pflicht, den Patienten über alle Umstände aufzuklären, die geeignet sind, die Risikoeinschätzung des Patienten zu beeinflussen.

---

<sup>1374</sup> Siehe hierzu unter § 7 II. 4. e.

Schließlich kann der Patient auch im Falle des gutgläubigen Behandelnden die Einwilligungserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB analog anfechten, weil er sich über eine wesentliche Eigenschaft geirrt hat, die in der Person des Vertragspartners lag. Ob der Behandelnde approbiert ist oder nicht, stellt wie gesagt eine wesentliche Eigenschaft im Rahmen des Behandlungsvertrages dar.<sup>1375</sup> Auch die Voraussetzungen einer Analogie liegen wie gesehen vor.<sup>1376</sup> Hieran ändert sich durch die fehlende Kenntnis des Behandelnden nichts, weil es auf Schutzwürdigkeit nicht ankommt. Der Schutz des Vertragspartners wird im Anfechtungsrecht allein durch die Möglichkeit Rechnung getragen, einen wirtschaftlichen Schaden über § 122 BGB geltend zu machen, nicht aber dadurch, den Irrrenden an seiner Erklärung festzuhalten.<sup>1377</sup>

Eine analoge Anwendung des § 119 Abs. 2 BGB ist daher zu bejahen. Der Patient kann die Einwilligung anfechten, wobei eine konkludente Anfechtungserklärung regelmäßig bereits im Schadensersatzverlangen zu erblicken ist.

#### c. *Vertretenmüssen*

Allerdings hat der Behandelnde die rechtswidrige Heilbehandlung nicht zu vertreten. Da der Behandelnde zum Zeitpunkt des Eingriffs faktisch approbiert war, ging er bei Unkenntnis über die Rücknahmegründe irrigerweise davon aus, dass der Patient wirksam in die Heilbehandlung eingewilligt hat. Damit bezog sich der Vorsatz nicht auf die Rechtswidrigkeit des Eingriffs.

Auch eine fahrlässige Pflichtverletzung scheidet aus. Der Behandelnde durfte sich mangels anderweitiger Anhaltspunkte auf die Entscheidung der Approbationsbehörde verlassen und davon ausgehen, dass sein Handeln durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt ist. Die Unkenntnis über die spätere Rücknahme mit *Ex tunc*-Wirkung mit der daraus folgenden unvollständigen Aufklärung und der unwirksamen Einwilligung war für ihn nicht vermeidbar.

#### d. *Zwischenergebnis*

Der Patient hat keinen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Grundes für die Approbationsrücknahme gutgläubig war.

### 3. Sekundäransprüche des Patienten gegen den bösgläubigen Behandelnden aufgrund einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung

Auch im Falle eines Behandlungsfehlers stehen dem Patienten keine vertraglichen Ansprüche zur Verfügung. In Betracht kommen auch hier Ansprüche wegen der Verletzung von Schutzpflichten aus dem Schutzverhältnis. Es besteht wie aufge-

<sup>1375</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 1. b. aa. (1) (b) (cc) (ccc).

<sup>1376</sup> Siehe hierzu ebenfalls unter § 8 II. 1. b. aa. (1) (cc) (ccc).

<sup>1377</sup> MüKo BGB/*Armbrüster*, § 119 Rn. 1 f.

zeigt auch dann, wenn der eigentliche Vertrag nichtig ist. Der Behandelnde hat also nach § 241 Abs. 2 BGB auch im Fall eines nichtigen Vertrages die Pflicht, den Eingriff beim Patienten *lege artis* durchzuführen. Unterläuft dem Behandelnden bei der Behandlung ein Fehler, liegt eine Schutzpflichtverletzung vor. Diese Pflichtverletzung müsste der Behandelnde auch zu vertreten haben. Da es sich um ein vertragsähnliches Schuldverhältnis handelt, ist § 276 BGB anwendbar. Hinsichtlich der Pflichtverletzung in Gestalt des Behandlungsfehlers wird vorsätzliches Handeln in aller Regel ausscheiden. In Betracht kommt also nur fahrlässiges Handeln nach § 276 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

#### *a. Problematik des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes infolge der Rücknahme*

Fraglich ist jedoch, welcher Sorgfaltsmaßstab im Sinne des § 276 Abs. 2 BGB im Falle einer rückwirkend entzogenen Approbation anzulegen ist. Im Gegensatz zum Strafrecht steht im Zivilrecht nicht nur der Täter beziehungsweise Schädiger im Mittelpunkt, sodass es auf seine persönliche Vorwerfbarkeit ankäme. Vielmehr hat das Zivilrecht zusätzlich den Schutz des Rechtsverkehrs zu beachten. Grundsätzlich muss jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr darauf vertrauen dürfen, dass die anderen Teilnehmer die zur Erfüllung ihrer Verkehrspflichten erforderlichen Fähigkeiten besitzen. Persönliche Eigenarten des Einzelnen wirken daher grundsätzlich nicht entlastend. Das gilt insbesondere, wenn sich ein Verkehrsteilnehmer dazu verpflichtet, eine bestimmte Leistung zu übernehmen, deren Vornahme seine tatsächlichen Fähigkeiten übersteigt. In diesem Fall knüpft der Vorwurf nicht an sein Unvermögen an, sondern an die Tatsache, dass er die Leistungspflicht überhaupt übernommen hat, sogenanntes Übernahmeverschulden.<sup>1378</sup>

Das bedeutet mit anderen Worten: Um einen Sorgfaltspflichtverstoß des Behandelnden festzustellen, ist dessen Handlung nicht daran zu messen, wie er gehandelt hätte, wenn er alle ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten ausgenutzt hätte. Vielmehr gilt eine objektive Vergleichsgröße.<sup>1379</sup> Die Handlung ist daran zu messen, wie sich ein besonnener und gewissenhafter Angehöriger des in Betracht kommenden Verkehrskreises verhalten hätte. Die hier in Rede stehende Frage lautet daher: Welcher Verkehrskreis ist als objektive Vergleichsgröße heranzuziehen?

Die Rückwirkungsfiktion des § 5 BÄO spricht zunächst dafür, den Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der für eine durchschnittliche Person ohne ärztliche Ausbildung gelten würde. Denn der Betreffende ist zu behandelnden, als sei er niemals Arzt gewesen. Das würde aber auch bedeuten, dass an ihn nicht dieselben Anforderungen zu stellen sind, wie sie für Ärzte gelten. Dafür lässt sich anführen, dass eine Person, die beispielsweise ihren Studienabschluss gefälscht hat, in der Regel tatsächlich weniger qualifiziert sein dürfte als ein ordnungsgemäß ausgebildeter Arzt. Würde man den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab anlegen, bestünde mangels

<sup>1378</sup> NK-BGB/*Dauer-Lieb*, § 276 Rn. 13.

<sup>1379</sup> BGH, NJW 2001, 1786; ebenso MüKo BGB/*Grundmann*, § 276 Rn. 55.

Qualifikation vielfach gar nicht die Chance für den Behandelnden, den erhöhten Sorgfaltspflichten gerecht zu werden. Man könnte also einwenden, dass die Rechtsordnung ihm letztlich etwas Unmögliches abverlangt.

Gegen das Anlegen des Haftungsmaßstabes für durchschnittliche Personen ohne ärztliche Vorbildung und für die Anwendung des ärztlichen Sorgfaltsmaßstabes spricht jedoch, dass der bösgläubige Behandelnde letztlich einen Vorteil aus seinem Fehlverhalten ziehen würde. Die schwerwiegenden Rücknahmegründe, die zum Entzug der Approbation führten, bedingten dann letztlich eine Haftungsprivilegierung.

Dieser Gedanke lässt sich mit der dogmatischen Erwägung unterstützen, dass eine Rechtsfiktion wie die *Ex tunc*-Wirkung der Rücknahme nur eine begrenzte Reichweite haben kann.<sup>1380</sup> Sie richtet sich nach dem Sinn und Zweck der die Fiktion anordnenden Norm. *Telos* des § 5 BÄO ist neben dem Schutz des Ansehens der Ärzteschaft und des Vertrauens der Bevölkerung in deren Lauterkeit auch der Schutz der einzelnen Patienten vor ungeeigneten Ärzten. Ein verminderter Sorgfaltsmaßstab würde den Patientenschutz konterkarieren, weil er letztlich dazu führen kann, dass der Behandelnde einen Behandlungsfehler nicht zu vertreten hat, den er ohne die Rücknahme zu vertreten hätte. Er bedeutet im Umkehrschluss nichts anderes als die Möglichkeit des Behandelnden, seine Sorgfaltspflichten zu missachten, ohne dass dem Patienten hierfür ein Schadensersatzanspruch gewährt wird. Der Schutzzweck des § 5 BÄO würde in sein Gegenteil verkehrt.

Ferner stellen die angeführten Argumente letztlich doch auf die individuelle Vorwerfbarkeit des Einzelnen ab, auf die es wegen des Verkehrsschutzgedankens gerade nicht ankommen soll. Wie gesehen kommt es für das Vertretenmüssen gerade deshalb auf die Möglichkeiten eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers und gerade nicht auf die tatsächlichen Möglichkeiten des Schädigers an, weil jeder Verkehrsteilnehmer darauf vertrauen können soll, dass die anderen ihren Sorgfaltspflichten nachkommen können. Der Grad dieses Vertrauendürfens hängt aber davon ab, in welchen Verkehrskreisen sich der Geschädigte aufhält. Erweckt jemand (zurechenbar) den Eindruck, dem ärztlichen Rechtskreis anzugehören, muss der Rechtsverkehr deshalb auch darauf vertrauen dürfen, dass derjenige den erhöhten Anforderungen an die Sorgfalt in diesem Bereich gerecht werden kann.

Dies gilt gerade vor dem Hintergrund des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt und der damit verbundenen Überprüfung der Eignung des Mediziners durch die Approbationsbehörde.

Abschließend ist auch die Schutzwürdigkeit des Behandelnden, auf die es nach dem Gesagten ohnehin nicht ankommen kann, in Frage zu stellen. Er ist sich der besonderen Sensibilität des Heileingriffs bewusst. Übernimmt er die Behandlung, muss er sich auch dem verstärkten Sorgfaltsmaßstab unterwerfen. Dem obigen Argument, die Rechtsordnung verlange von dem Behandelnden etwas unmögliches, wenn er dem ärztlichen Sorgfaltsmaßstab entsprechen soll, kann entgegen-

---

<sup>1380</sup> Vgl. *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktion, S. 179.

gehalten werden, dass der Behandelnde es selbst in der Hand hat, die Behandlung zu übernehmen. Tut er dies, ist es nicht die Rechtsordnung, die ihm etwas Unmögliches auferlegt, sondern er selbst.

An die Sorgfalt des bösgläubigen Behandelnden sind daher dieselben Anforderungen zu stellen, wie an einen durchschnittlichen Arzt derjenigen Fachrichtung und desjenigen Ausbildungsstandes, denen auch der Behandelnde – scheinbar – angehört.<sup>1381</sup>

### *b. Mangelnde Qualifikation als Behandlungsfehler*

Neben dem Fall, das der Behandelnde den Heileingriff nicht *lege artis* vornimmt, hat der Bundesgerichtshof<sup>1382</sup> einen Behandlungsfehler auch allein darin erblickt, dass ein fachlich ungeeigneter Arzt den Eingriff vornimmt und den Patienten damit zusätzlich gefährdet. In dem betreffenden Fall wurde einem unerfahrenen Assistenzarzt die selbstständige Durchführung einer Operation übertragen, für die er noch nicht hinreichend qualifiziert war.

Ausgehend von dieser Rechtsprechung erscheint es naheliegend, auch für den Fall einen Behandlungsfehler anzunehmen, in dem der Behandelnde trotz mangelnder fachlicher Eignung approbiert wurde und daher für die dann durchgeführten Heileingriffe ebenfalls nicht qualifiziert war. Denn auch in diesem Fall liegt eine zusätzliche Gefährdung des Patienten vor. Dieser Anspruch besteht unabhängig davon, ob die Approbation tatsächlich zurückgenommen wurde, es genügt allein die objektiv fehlende Qualifikation des Behandelnden.

Mit Blick auf das Vertretenmüssen ist in diesem Fall von vorsätzlichem Handeln auszugehen, weil der bösgläubige Behandelnde sich seiner fehlenden Expertise bewusst ist. Führt die Ungeeignetheit des Behandelnden bei dem Patienten zu einem Schaden, besteht ein Ersatzanspruch. Für die Anspruchsgrundlage kommt es darauf an, ob die Rücknahme der Approbation schon vorgenommen wurde. In diesem Fall haftet der Behandelnde aus § 280 Abs. 1 iVm. § 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB. Wurde die Rücknahme noch nicht vorgenommen, besteht der Behandlungsvertrag fort und der Anspruch ergibt sich aus §§ 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB.

### *c. Zwischenergebnis*

Entsteht dem Patienten in Folge einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung ein kausaler Schaden, ist dieser also auch im Falle der Totalnichtigkeit nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB ersatzfähig. Mit Blick auf das

<sup>1381</sup> Vgl. hierzu auch BGH, NJW 1991, 1535 (1537), wonach bei invasiven Eingriffen eines Heilpraktikers, der ebenfalls nicht über eine Approbation verfügt, die gleichen Maßstäbe anzulegen sind, die für einen approbierten Arzt gelten würden. Vgl. ferner BGHZ 88, 248 (258), wonach an einen Arzt die Sorgfaltsanforderungen zu stellen, die für einen vergleichbaren Arzt seiner Fachrichtung und seines Ausbildungsstandes gestellt werden können.

<sup>1382</sup> BGHZ 88, 248 (252). In diese Richtung zuvor schon BGH, NJW 1980, 2751 (2752).

Vertretenmüssen ist der Maßstab eines besonnenen, gewissenhaften Arztes von gleicher Fachrichtung und mit gleichem Ausbildungsstand anzulegen.

Eine schuldhafte Pflichtverletzung besteht im Falle der fachlichen Ungeeignetheit des Behandelnden ferner auch dann, wenn kein Fehler im Rahmen des medizinischen Eingriffs selbst geschieht. Denn die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person stellt für sich schon einen Behandlungsfehler dar. Mit dem Eintritt eines kausalen Schadens kommt dem Patienten mithin ein Schadensersatzanspruch zu.

#### 4. Sekundäransprüche des Patienten gegen den gutgläubigen Behandelnden aufgrund einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung

##### *a. Eingriff entgegen der Vorgaben der ärztlichen Kunst als Behandlungsfehler*

Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, ist das Schuldverhältnis nach § 134 BGB nur für die Zukunft nichtig. Ein Schadensersatzanspruch in Folge einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung resultiert also nicht aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis, sondern aus dem für die Vergangenheit fortbestehenden Behandlungsvertrag. Anspruchsgrundlage ist daher § 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB.

Daher ergibt sich zumindest aus dogmatischer Sicht auch keine Problematik hinsichtlich des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes, weil der Behandelnde für die Vergangenheit seine Eigenschaft als Arzt behält und somit auch der ärztliche Sorgfaltsmaßstab anwendbar bleibt.

Dem könnte man aber wiederum entgegenhalten, dass die Rechtsordnung von einem fachlich ungeeigneten, aber gutgläubigen Behandelnden etwas Unmögliches verlangt, wenn dieser dem ärztlichen Sorgfaltsmaßstab unterliegt. Erfüllt beispielsweise die Ausbildung eines immigrierten Mediziners entgegen der ursprünglichen Annahme der Approbationsbehörde nicht die Anforderungen, die an eine medizinische Ausbildung in Deutschland gestellt werden, erscheint es ungerechtfertigt, ihn trotzdem an den Maßstäben zu messen, denen er nach Auffassung der Behörde aufgrund seiner mangelhaften Ausbildung ja gerade nicht gerecht werden konnte.

Allerdings kennt auch der immigrierte Mediziner die Gefahrträchtigkeit des Heileingriffs und muss sich dementsprechend auch der höheren Sorgfaltsanforderungen bewusst sein, denen er unterliegt. Kann er dem nicht gerecht werden, ist von ihm zu erwarten, dass er den Eingriff unterlässt. Dem Einwand des unmöglichen Verlangens könnte also sein Übernahmeverschulden entgegengehalten werden. Kann der Behandelnde den erhöhten Sorgfaltsanforderungen nicht gerecht werden, die an einen Mediziner zu stellen sind, hätte er die Behandlung niemals übernehmen dürfen.

Andererseits geht der Behandelnde in diesen Fällen davon aus, dass er in seinem Herkunftsstaat umfassend ausgebildet wurde und wird in diesem Glauben auch von der Approbationsbehörde bestätigt. Für ihn besteht somit kein Grund,

seine Qualifikation anzuzweifeln, sodass ihm das Übernahmeverschulden eigentlich nicht zum Vorwurf gereichen kann.

Richtigerweise kann auf das Übernahmeverschulden aber ohnehin nicht abgestellt werden. Wie schon beschrieben, kommt es für das Vertretenmüssen gerade deshalb auf die Möglichkeiten eines durchschnittlichen Verkehrsteilnehmers und gerade nicht auf die tatsächlichen Möglichkeiten des Schädigers an, weil jeder Verkehrsteilnehmer darauf vertrauen können soll, dass die anderen ihren Sorgfaltspflichten nachkommen können. Der Grad dieses Vertrauendürfens hängt aber davon ab, in welchen Verkehrskreisen sich der Geschädigte aufhält. Erweckt jemand (zurechenbar) den Rechtsschein, dem ärztlichen Rechtskreis anzugehören, muss der Rechtsverkehr deshalb auch darauf vertrauen dürfen, dass derjenige den erhöhten Anforderungen an die Sorgfalt in diesem Bereich gerecht werden kann. Die Schutzwürdigkeit der Patienten überwiegt dabei die mangelnde Vorwerfbarkeit gegenüber dem Behandelnden.

Folglich sprechen sowohl dogmatische Gesichtspunkte mit Blick auf den Behandlungsvertrag dafür, auch dem gutgläubigen Behandelnden an dem ärztlichen Sorgfaltsmaßstab zu messen, als auch die Schutzwürdigkeit des Rechtsverkehrs und insbesondere der Patienten.

Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, haftet er mithin für eine nicht *lege artis* durchgeführte Behandlung wie jeder andere Arzt auch.

#### *b. Mangelnde Qualifikation als Behandlungsfehler*

Kein Anspruch besteht hingegen wegen eines Behandlungsfehlers, der sich aus der mangelnden Qualifikation des Behandelnden zur Vornahme des Heileingriffs ergibt.<sup>1383</sup> Hatte der Behandelnde keine Kenntnis von seiner mangelnden fachlichen Eignung, so hat er die Verletzung der Pflicht aus dem Behandlungsvertrag nicht zu vertreten. Beispielhaft kann der Fall angeführt werden, in dem die Drittstaaten Ausbildung des Behandelnden von der Approbationsbehörde fehlerhaft als gleichwertig anerkannt wurde, dieser tatsächlich aber nicht die nötige Expertise für den Arztberuf aufwies. Vorsatz scheidet mangels Kenntnis der Ungeeignetheit aus und auch fahrlässiges Verhalten muss verneint werden, weil für den Behandelnden nicht erkennbar war, dass er sich falsch verhält.

Etwas anderes könnte gelten, wenn er im Rahmen einer Heilbehandlung tatsächlich bewusst an seine Grenzen stößt, indem ihm beispielsweise klar wird, dass ihm eine bestimmte Operationstechnik, die in Deutschland zum ärztlichen Standard gehört, in seiner Ausbildung nicht begegnet ist. Allerdings ist zu beachten, dass der Behandelnde in diesem Fall bereits die Expertise der Approbationsbehörde hinzugezogen hat, die ihm letztlich die Gleichwertigkeit seiner Ausbildung bestätigt hat. Hier gilt, dass der Behandelnde auf die Entscheidung der Approbati-

---

<sup>1383</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 3. b.



onsbehörde vertrauen darf. Die Pflichtverletzung in Form der mangelnden Qualifikation war für ihn dann nicht erkennbar.

### *c. Zwischenergebnis*

Entsteht dem Patienten in Folge einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung ein kausaler Schaden, ist dieser also auch im Falle eines gutgläubigen Behandelnden nach §§ 280 Abs. 1, 630a, 249 ff. BGB ersatzfähig, weil der Behandlungsvertrag in der Vergangenheit fortbesteht. Mit Blick auf das Vertretenmüssen ist der Maßstab eines besonnenen, gewissenhaften Arztes anzulegen.

Eine Pflichtverletzung besteht im Falle der fachlichen Ungeeignetheit des Behandelnden ferner auch dann, wenn kein Fehler bei der Behandlung selbst geschieht. Denn die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person stellt für sich schon einen Behandlungsfehler dar. Allerdings hat ein gutgläubiger Behandelnder diese Pflichtverletzung nicht zu vertreten, sodass ein Ersatzanspruch ausscheidet.

### 5. Deliktische Ansprüche des Patienten bei unwirksamer Einwilligung und bei nicht *lege artis* durchgeführter Behandlung

Schließlich sind die Auswirkungen der Approbationsrücknahme auf die wechselseitigen, deliktischen Ansprüche in den Blick zu nehmen.

Im Rahmen der Ansprüche des Patienten ist wiederum danach zu differenzieren ist, ob der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.

#### *a. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unwirksamer Einwilligung gegen den bösgläubigen Behandelnden*

Zunächst kommt ein Anspruch auf Schmerzensgeld aufgrund der rechtswidrigen Heilbehandlung des Patienten in Betracht.

##### aa. Rechtsgutverletzung und Verletzungshandlung

Vor dem Hintergrund der herrschenden Körperverletzungsdoktrin geht mit dem ärztlichen Heileingriff immer eine Verletzung der von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechtsgüter Körper und Gesundheit einher.<sup>1384</sup> Das gilt jedenfalls in allen Fällen, in denen der Behandelnde zumindest minimalinvasive Eingriffe am Patienten durchführt.

##### bb. Rechtswidrigkeit

Fraglich ist dann erneut, ob dieser Eingriff durch einen *informed consent* des Patienten gerechtfertigt ist. Hinsichtlich der mangelnden Rechtfertigung des Heileingriffs infolge einer Aufklärungspflichtverletzung oder einer unwirksamen Einwilli-

---

<sup>1384</sup> Siehe hierzu schon unter § 8 II. 1. b. aa.

gung kann auf die obigen Ausführungen zu den vertraglichen Schadensersatzansprüchen verwiesen werden.<sup>1385</sup> Wie bereits erläutert, sind die Grundlagen zum Arzthaftungsrecht im Deliktsrecht entwickelt und in das Vertragsrecht übernommen worden. Ihrer Anwendbarkeit auf deliktischer Ebene tut das aber natürlich keinen Abbruch. Folglich geschah der Eingriff in die geschützten Rechtsgüter rechtswidrig, weil es infolge einer unzureichenden Aufklärung beziehungsweise einer unwirksamen Einwilligungserklärung an einem *informed consent* des Patienten mangelt.

#### cc. Vorsatz oder Fahrlässigkeit

Sodann müsste der Behandelnde die widerrechtliche Rechtsgutsverletzung vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt haben, wobei Vorsatz hinsichtlich des Eingriffs in Körper und Gesundheit des Patienten bejaht werden kann.

Problematisch ist aber erneut, ob Vorsatz auch hinsichtlich der Widerrechtlichkeit des Eingriffs gegeben war, wobei auch hier wieder auf die im Vertragsrecht gefundenen Ergebnisse zu rekurrieren ist. Folglich kann als Ausgangspunkt angenommen werden, dass sich der Behandelnde über das Aufklärungs- und Einwilligungserfordernis im Vorfeld der Heilbehandlung jedenfalls in Grundzügen im Klaren ist.

Darauf aufbauend ist zwischen den verschiedenen Aufklärungsmängeln zu unterscheiden: So liegt Vorsatz bezüglich der Rechtswidrigkeit des Eingriffs im Falle eines formellen Aufklärungsmangels schon vor, wenn dem Behandelnden das Bewusstsein darüber nachgewiesen werden kann, dass ihm das nötige Fachwissen für eine Risikoaufklärung fehlt und der Patient daher nach der Aufklärung nicht in der Lage sein wird, eine fundierte Entscheidung zu treffen. Dieser Nachweis dürfte am ehesten bei medizinisch nicht ausgebildeten Behandelnden gelingen, weil diese im Aufklärungsgespräch zumindest bei komplizierteren Eingriffen selbst feststellen müssten, dass sie den Patienten mangels eigener Kenntnisse gar nicht genügend informieren können.

Im Falle eines materiellen Aufklärungsfehlers handelte der Behandelnde hinsichtlich der Rechtswidrigkeit vorsätzlich, wenn er seine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund kannte. Ihm muss also bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre bewusst gewesen sein, dass die Behandlungsentscheidung des Patienten von dessen Kenntnis des Rücknahmegrundes beeinflusst wird. Je stärker der Berufsbezug des Fehlverhaltens ist, desto eher wird man von einem solchen Bewusstsein des Behandelnden ausgehen dürfen.

Besteht keine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund, ficht der Patient die Einwilligung aber nach § 119 Abs. 2 BGB analog an, ist § 142 Abs. 2 BGB (doppelt) analog anzuwenden. Die Kenntnis des Rücknahmegrundes steht dann der Kenntnis der Nichtigkeit gleich, sodass Vorsatz hinsichtlich der rechtswidrigen Körperverletzung zu bejahen ist.

---

<sup>1385</sup> Siehe unter § 8 II. 1. b. aa. (1).

Allerdings kann man – ebenso wie im Rahmen des vertragsrechtlichen Anspruchs – hinsichtlich des Bewusstseins des Behandelnden über seine Aufklärungspflicht natürlich auch für den deliktischen Anspruch einen strengeren Maßstab anlegen. In diesem Fall würde vorsätzliches Handeln ausscheiden, sodass es darauf ankommt, ob dem Behandelnden hinsichtlich der Aufklärungspflichtverletzung Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist.

Da die Aufklärungspflichtverletzung für den Behandelnden aber vermeidbar und auch erkennbar war, ist parallel zu dem vertraglichen Schadensersatzanspruch auch im Deliktsrecht eine fahrlässige Aufklärungspflichtverletzung festzustellen.

#### dd. Kausaler Schaden

Schließlich ist auch im Rahmen des Anspruchs aus § 823 Abs. 1 BGB zu fragen, ob dem Patienten ein ersatzfähiger Schaden entstanden ist.

An dieser Stelle wiederholt sich die Problematik, die schon im Vertragsrecht auftrat: Die mit der Heilbehandlung verursachten Schmerzen sind nicht kausal auf die rechtswidrige Körperverletzung zurückzuführen. Nimmt man an, dass der Heileingriff indiziert war, hätte der Patient die Behandlung bei korrekter Aufklärung – beziehungsweise bei einem Wegfall des Irrtums über die fehlende Approbation – von einem anderen Mediziner vornehmen lassen und hätte die mit dem Eingriff verbundenen Schmerzen ebenfalls erlitten.

Allerdings kann auch an dieser Stelle darauf rekuriert werden, dass neben den erlittenen Schmerzen auch ein Schaden an dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingetreten ist, der nicht entstanden wäre, wenn der Behandelnde den Patienten korrekt aufgeklärt hätte oder der Irrtum über die Approbation nicht vorgelegen hätte.

Ein Ersatzanspruch hängt dann davon ab, ob die Persönlichkeitsrechtsverletzung eine gewisse Erheblichkeit erreicht und nicht anderweitig kompensiert werden kann. Auch insoweit ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach diese Anforderungen im Falle der Approbationsrücknahme erfüllt sind.

#### ee. Zwischenergebnis

Der Patient hat im Falle eines bösgläubigen Behandelnden in Folge des Eingriffs in seine Selbstbestimmungsfreiheit einen Schmerzensgeldanspruch aus § 823 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG.

#### *b. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB wegen unwirksamer Einwilligung gegen den gutgläubigen Behandelnden*

Ein deliktischer Schmerzensgeldanspruch aufgrund des rechtswidrigen Eingriffs in die Rechtsgüter Körper und Gesundheit des Patienten besteht hingegen nicht, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig war. In diesem Fall ist mit Blick auf die Rechtswidrigkeit der Heilbehandlung weder Vorsatz, nach Fahrlässigkeit zu attestieren, weil er keinen Grund hatte, an der Wirk-

samkeit der Einwilligung zu zweifeln. Er hatte mithin weder Kenntnis von der Rechtswidrigkeit, noch war sie für ihn erkennbar.

*c. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den bösgläubigen Behandelnden im Falle einer nicht lege artis durchgeführten Behandlung*

Hat der bösgläubige Behandelnde den Heileingriff nicht *lege artis* durchgeführt, besteht bei Vorliegen eines kausalen Schadens ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Im Rahmen des Verschuldens ist auf den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab für einen Mediziner der jeweiligen Fachrichtung abzustellen, der der Behandelnde angehört.<sup>1386</sup>

Ferner ist zu beachten, dass die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person für sich schon einen Behandlungsfehler<sup>1387</sup> und also eine Körperverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB<sup>1388</sup> darstellt. Hinsichtlich dieser Rechtsgutsverletzung handelte der Behandelnde auch vorsätzlich, weil ihm seine mangelnde Eignung bekannt war. Tritt in Folge der fehlenden Eignung also ein Schaden beim Patienten auf, ergibt sich auch dann ein Ersatzanspruch, wenn der Behandelnde den Eingriff ansonsten *lege artis* vorgenommen hat.<sup>1389</sup>

*d. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 1 BGB gegen den gutgläubigen Behandelnden im Falle einer nicht lege artis durchgeführten Behandlung*

Auch im Rahmen der deliktischen Haftung eines gutgläubigen Behandelnden wegen eines Behandlungsfehlers ist der ärztliche Sorgfaltsmaßstab anzulegen.<sup>1390</sup> Im Hinblick auf § 276 BGB bestehen insofern keine Unterschiede. Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, haftet er mithin für eine nicht *lege artis* durchgeführte Behandlung auch deliktisch wie jeder andere Arzt auch.

Ferner stellt die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person für sich schon einen Behandlungsfehler<sup>1391</sup> und also eine Körperverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB<sup>1392</sup> dar. Allerdings hat ein gutgläubiger Behandelnder diese Rechtsgutsverletzung weder vorsätzlich noch fahrlässig herbeigeführt, weil er die mangelnde Eignung nicht kannte und sie für ihn auch nicht erkennbar war.<sup>1393</sup> Ein Ersatzanspruch scheidet also mangels Verschuldens aus.

<sup>1386</sup> Siehe die Ausführungen unter § 8 II 3. a.

<sup>1387</sup> Siehe oben unter § 8 II. 3. b.

<sup>1388</sup> BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 765.

<sup>1389</sup> Siehe die Ausführungen unter § 8 II. 3. c.

<sup>1390</sup> Siehe unter § 8 II. 4. a.

<sup>1391</sup> Siehe oben unter § 8 II. 4. b.

<sup>1392</sup> BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 765.

<sup>1393</sup> Ebenso schon zur Frage des Vertretenmüssens in solchen Fällen unter § 8 II. 4. b.

*e. Anspruch des Patienten aus § 823 Abs. 2 BGB iVm. § 223 ff. StGB bzw. § 2 BÄO*

Schließlich kommt noch ein Schadensersatzanspruch des Patienten wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes in Betracht. Zunächst ist an §§ 223 ff. StGB zu denken, jedoch sollen die Wirkungen der Approbationsrücknahme auf die Strafbarkeit des Behandelnden in dieser Arbeit nicht untersucht werden. So bleibt lediglich festzuhalten, dass im Falle einer Strafbarkeit des Behandelnden nach § 223 StGB über § 823 Abs. 2 BGB auch ein zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch sowohl hinsichtlich der Schädigung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten als auch hinsichtlich etwaiger weiterer Schäden in Betracht kommt.

Außerdem bleibt zu klären, ob auch der mit der Rückwirkung verbundene Verstoß gegen § 2 BÄO über § 823 Abs. 2 BGB zu einem Schadensersatzanspruch führt. Dazu müsste es sich bei § 2 BÄO um ein Schutzgesetz handeln. Ein solches liegt vor, wenn die betreffende Norm nicht nur die Allgemeinheit, sondern zumindest auch den Einzelnen schützen soll.<sup>1394</sup> Das ist bei § 2 BÄO der Fall, da neben der Allgemeinheit auch der einzelne Patient vor der Heilbehandlung durch ungeeignete Personen geschützt werden soll.<sup>1395</sup> Da der Behandelnde in Folge der Rücknahme Heilbehandlungen ohne Approbation vorgenommen hat, hat er auch gegen § 2 BÄO verstoßen. Ein Ersatzanspruch kommt jedoch nur gegenüber einem bösgläubigen Behandelnden in Betracht, weil bei Kenntnis oder Kennenmüssen des Rücknahmegrundes nach § 142 Abs. 2 BGB analog auch Kenntnis der fehlenden Approbation und damit Vorsatz hinsichtlich der Verletzung des § 2 BÄO anzunehmen ist.

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes dagegen gutgläubig, kann ihm nicht einmal fahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden, weil der Verstoß gegen § 2 BÄO für ihn nicht erkennbar war.

Somit sind Schäden, die in der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten liegen, sowie weitere, kausal auf der Schutzgesetzverletzung beruhende Schäden nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm. § 2 BÄO ersatzfähig, wenn der Behandelnde bösgläubig war.

## 6. Ansprüche des gutgläubigen Behandelnden gegen den Patienten aus § 280 Abs. 1 iVm. § 630a BGB

Der gutgläubige Behandelnde hat mangels Nichtigkeit des Behandlungsvertrages für die Vergangenheit einen vertraglichen Schadensersatzanspruch, wenn ihm vor der Rücknahme durch eine Pflichtverletzung des Patienten ein Schaden, beispielsweise an seinem Praxisinventar, entstanden ist. Insofern ergeben sich keine Unterschiede zu der gewöhnlichen vertraglichen Haftung des Patienten gegenüber seinem Arzt.

<sup>1394</sup> BeckOK BGB/*Förster*, § 823 Rn. 275.

<sup>1395</sup> Siehe hierzu schon unter § 1 II. In diese Richtung, allerdings nur in Bezug auf § 5 HeilprG, auch: BGH, NJW 1972, 1132; ebenso BeckOGK BGB/*Spindler*, § 823 Rn. 309.

Für die Zukunft sind vertragliche Ansprüche jedoch ausgeschlossen, weil die Rücknahme des Behandlungsvertrages im Falle der Gutgläubigkeit mit *Ex tunc*-Wirkung erfolgt. Für die Haftung aus dem Schutzverhältnis ist erforderlich, dass dieses nach der Rücknahme überhaupt noch besteht. Davon wird in aller Regel nicht auszugehen sein, weil der Behandelnde nicht mehr als Arzt arbeiten wird und weder er noch der Patient dem jeweils anderen seinen Rechtskreis öffnen dürfte.

#### 7. Ansprüche des bösgläubigen Behandelnden gegen den Patienten aus §§ 280 Abs. 1, 311b Abs 2 Nr. 3, § 241 Abs. 2 BGB

Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig, folgt aus der *Ex tunc*-Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nach § 134 BGB, dass vertragliche Schadensersatzansprüche gegenüber dem Patienten ausscheiden. Da aber auch im Falle eines nichtigen Vertrages ein Schutzpflichtverhältnis zwischen Behandelndem und Patienten besteht,<sup>1396</sup> könnte sich bei Verletzung einer Pflicht aus § 241 Abs. 2 BGB durch den Patienten schließlich auch ein Schadensersatzanspruch des Behandelnden ergeben. Für schuldhaft herbeigeführte Schäden am Praxisinventar des Arztes wäre der Patient daher grundsätzlich ersatzpflichtig.

Es ist allerdings zu beachten, dass der Behandelnde in diesem Fall über die Umstände im Bilde war, die später zu seiner Rücknahme führten, den Patienten hierüber aber nicht informiert hat. In diesem Fall gilt der Grundsatz, dass der arglistig Handelnde keinen zusätzlichen Schutz verdient.<sup>1397</sup> Das quasivertragliche Schuldverhältnis, aus dem er seinen Anspruch herleiten würde, fußt wie gesehen letztlich auf dem Vertrauen, welches sich die Parteien gegenseitig einräumen, indem sie sich die Möglichkeit eröffnen, auf die Rechtsgüter des jeweils anderen einzuwirken.

Auf dieses Vertrauensverhältnis kann sich der Behandelnde aber nicht berufen, wenn er das Vertrauen des Patienten durch sein arglistiges Verhalten missbraucht hat.<sup>1398</sup> Quasivertragliche Ansprüche scheiden in diesem Fall aufgrund eines Verstoßes gegen den Grundsatz des *venire contra factum proprium* nach § 242 BGB aus. Denn es wäre widersprüchlich, wenn der Behandelnde den Behandlungsvertrag aufgrund der Kenntnis des Rücknahmegrundes sehenden Auges in die Unwirksamkeit führt und ganz nebenbei auch noch die Gesundheit des Patienten gefährdet, andererseits aber einen vertragsähnlichen Schadensersatzanspruch

<sup>1396</sup> Siehe hierzu unter § 8 II. 1. a.

<sup>1397</sup> BGHZ 57, 137 (148): „Wer durch arglistige Täuschung einen anderen zu einem diesem nachteiligen Vertrags-schluß veranlaßt, begeht einen Betrug. Der Betrüger ist in der Regel nicht schutzwürdig.“; Gutzeit, NJW 2008, S. 1359 (1360): „Jegliches Vertrauen des arglistig täuschenden Verkäufers in den Fortbestand des Kaufvertrags ist deshalb von vornherein nicht schutzwürdig.“; ebenso Jauernig/Mansel, § 123 Rn. 19; vgl. auch Lorenz, SchuldR BT, S. 143 f.

<sup>1398</sup> Canaris, JZ 1965, S. 475 (481); Auf das Vertrauensverhältnis wird auch an anderer Stelle entscheidend abgestellt, siehe zur Entbehrlichkeit der Fristsetzung nach § 281 Abs. 2 Nr. 2 BGB: BeckOK BGB/Lorenz, § 281 Rn. 31.

geltend machen könnte und damit die Vorteile des wissentlich unwirksamen Vertrages letztlich doch noch erhalte.

Dafür spricht zudem erneut der Präventionsgedanke. Der bösgläubige Behandelnde verliert nicht nur seinen vertraglichen Primäranspruch, kann keinen Wertersatz für seine medizinische Leistung einfordern und ist zudem dem Schadensersatzanspruch seines Patienten auf Schmerzensgeld ausgesetzt. Vielmehr kommt als weiterer Nachteil hinzu, dass er sich nicht auf einen Schadensersatzanspruch aus dem Vertrauensverhältnis nach § 311 Abs. 3 BGB berufen kann. Es bleibt ihm letztlich nur ein deliktischer Anspruch, die Vorteile des Vertragsrechts kann er nicht genießen. Damit werden seine zivilrechtlichen Ansprüche auf ein absolutes Minimum begrenzt, sodass der Abschluss von Behandlungsverträgen in Kenntnis der eigenen Unfähigkeit weniger attraktiv ist.

### III. Zusammenfassung

Die Approbationsrücknahme führt im Zivilrecht zu der Frage, ob der Behandlungsvertrag nach § 134 BGB nichtig ist. Die Untersuchung hat gezeigt, dass danach zu differenzieren ist, ob der Behandelnde hinsichtlich der Umstände, aus denen sich der Rücknahmegrund ergibt, gut- oder bösgläubig war.

#### 1. Bösgläubiger Behandelnder

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig, ist der Behandlungsvertrag auch für die Vergangenheit als nichtig zu betrachten. Daher verlieren die Parteien ihre jeweiligen vertraglichen Primäransprüche, sofern sie nicht bereits nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen sind. Der Patient verliert also seinen Anspruch auf Heilbehandlung, der Arzt geht des Honoraranspruchs verlustig.

Sind die Leistungspflichten bereits erfüllt, stellt sich die Frage, wie der Behandlungsvertrag rückabzuwickeln ist. Der Patient hat einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB auf Rückzahlung der Vergütung. Der Kondiktionsausschluss des § 814 Var. 1 BGB ist nicht anwendbar, weil der Patient keine Kenntnis der Nichtschuld haben kann. Der Behandelnde haftet aufgrund der Kenntnis des Rücknahmegrundes verschärft, §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB iVm. § 142 Abs. 2 BGB analog. Neben den bereicherungsrechtlichen Anspruch tritt daher ein Schadensersatzanspruch aus den §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1, 292, 989 BGB, sodass die Berufung auf § 818 Abs. 3 BGB dem Behandelnden nicht weiterhilft.

Ein Wertersatzanspruch des bösgläubigen Behandelnden aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB besteht demgegenüber nicht, weil der Kondiktionsausschluss des § 817 S. 2 BGB greift. Zwar hatte der Behandelnde im Zeitpunkt des Heileingriffs keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem Verbotsvorstoß, weil er zu diesem Zeitpunkt faktisch approbiert war. Allerdings ist die

Kenntnis beziehungsweise das Kennenmüssen des Rücknahmegrundes der Kenntnis über den Verbotsverstoß gleichzusetzen, § 142 Abs. 2 BGB analog.

Außerdem stellte sich die Frage, ob die Approbationsrücknahme Schadensersatzansprüche nach sich zieht.

Zunächst hat der Patient gegenüber dem bösgläubigen Behandelnden einen Anspruch aus §§ 280 Abs. 1 iVm. §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB auf Ersatz des immateriellen Schadens, der ihm durch den nicht gerechtfertigten Eingriff in die körperliche Integrität entstanden ist.

Führt der bösgläubige Behandelnde den Heileingriff nicht *lege artis* durch, entsteht außerdem ein quasivertraglicher Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB. Bei der Prüfung des Vertretenmüssen ist der Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der für einen besonnenen, gewissenhaften Arzt von gleicher Fachrichtung und mit gleichem Ausbildungsstand gilt.

Eine schuldhafte Pflichtverletzung besteht im Falle der fachlichen Ungeeignetheit des Behandelnden ferner auch dann, wenn kein Fehler im Rahmen des medizinischen Eingriffs selbst geschieht. Denn die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person stellt für sich schon einen Behandlungsfehler dar. Mit dem Eintritt eines kausalen Schadens kommt dem Patienten mithin ein Schadensersatzanspruch zu.

Neben den quasivertraglichen Schadensersatzansprüchen haftet der bösgläubige Behandelnde zudem aus Deliktsrecht. So hat der Patient in Folge des Eingriffs in seine Selbstbestimmungsfreiheit einen Schmerzensgeldanspruch aus § 823 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG. Die Beweislast hinsichtlich der Rechtswidrigkeit der Körperverletzung obliegt dabei dem Behandelnden.

Hat der bösgläubige Behandelnde den Heileingriff nicht *lege artis* durchgeführt, besteht bei Vorliegen eines kausalen Schadens ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Im Rahmen des Verschuldens ist wiederum auf den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab für einen Mediziner der jeweiligen Fachrichtung abzustellen, der der Behandelnde angehört.

Ferner ist zu beachten, dass die Vornahme der Behandlung durch eine fachlich ungeeignete Person für sich schon einen Behandlungsfehler und also eine Körperverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellt. Tritt in Folge der fehlenden Eignung also ein Schaden beim Patienten auf, ergibt sich auch dann ein Ersatzanspruch, wenn der Behandelnde den Eingriff ansonsten *lege artis* vorgenommen hat.

Schließlich sind Schäden, die in der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten liegen, sowie weitere, kausal auf der Schutzgesetzverletzung beruhende Schäden nach §§ 823 Abs. 2 BGB iVm. § 2 BÄO ersatzfähig, wenn der Behandelnde bösgläubig war. Das erforderliche Verschulden kann dabei wiederum mittels einer Analogie bejaht werden, indem die Kenntnis des Rücknahmegrundes der Kenntnis vom Fehlen der Approbation gleichgestellt wird, § 142 Abs. 2 BGB analog.



## 2. Gutgläubiger Behandelnder

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, besteht der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit fort, sodass für die ausgetauschten Leistungen ein Rechtsgrund vorliegt. Es kommt daher weder ein bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch des Patienten hinsichtlich des gezahlten Honorars in Betracht noch ein Wertersatzanspruch des Behandelnden.

Auch besteht kein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen der Verletzung der Patientenautonomie aus §§ 280 Abs. 1, 630a BGB, weil der Behandelnde die rechtswidrige Körperverletzung nicht zu vertreten hat. Er darf sich vielmehr auf den Bestand der Approbation und damit auch der rechtfertigenden Einwilligung verlassen.

Für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch im Fall eines Behandlungsfehlers ist der Sorgfaltsmaßstab eines besonnenen, gewissenhaften Arztes von gleicher Fachrichtung und mit gleichem Ausbildungsstand anzulegen. Zwar zeitigt schon die Vornahme einer Behandlung durch eine hierzu fachlich nicht geeignete Person einen Behandlungsfehler. Allerdings scheidet ein Ersatzanspruch mangels Verschuldens aus; der gutgläubige Behandelnde muss seine Eignung nicht in Frage stellen.

Der gutgläubige Behandelnde haftet mangels Verschuldens auch nicht deliktisch für die rechtswidrige Körperverletzung des Patienten.

Im Rahmen der deliktischen Haftung eines gutgläubigen Behandelnden für nicht *lege artis* durchgeführte Heileingriffe ist – wie auch bei einem bösgläubigen Behandelnden – auf den ärztlichen Sorgfaltsmaßstab zu rekurrieren. Sieht man den Behandlungsfehler in der fehlenden Eignung des Behandelnden, scheidet ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aber am mangelnden Verschulden.

## 3. Sekundäransprüche des Behandelnden

Etwaige Sekundäransprüche des Behandelnden auf Schadensersatz können sich aus den §§ 280 Abs. 1, 630a BGB ergeben. Das gilt allerdings nur, solange der Behandelnde schutzwürdig ist, also keine Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den Rücknahmegründen hatte. Für Schäden, die durch den Patienten im Rahmen der Behandlung verursacht werden, haftet dieser daher nur vertragsrechtlich, wenn der Behandelnde mit Blick auf den Rücknahmegrund gutgläubig war.

War der Behandelnde bösgläubig, kommen nur deliktsrechtliche Ansprüche gegen den Patienten in Betracht.

## IV. Verjährung der Ansprüche des Patienten

Da die Umstände, aus denen sich ein Rücknahmegrund ergibt, in vielen Fällen über einen langen Zeitraum hinweg nicht entdeckt werden, stellt sich die Frage, wie lange die obigen Ansprüche geltend gemacht werden können. Daher rücken nunmehr die Verjährungsregelungen der §§ 194 ff. BGB in den Fokus der Betrachtung.

### 1. Anspruch des Patienten aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Der Rückforderungsanspruch des Patienten nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB verjährt gemäß § 195 BGB nach drei Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Der Anspruch verjährt allerdings ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an, § 199 Abs. 4 BGB.

Es ist also zunächst zu überlegen, wann der Anspruch des Patienten entsteht. Mit Blick auf die Rückwirkung des Approbationsentzuges ließe sich vertreten, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB schon in dem Zeitpunkt vorlagen, in dem der Patient den Behandelnden für seine Behandlungsleistung bezahlt hat. Denn schon zu dieser Zeit lag eine Leistung ohne Rechtsgrund vor. Der bösgläubige Behandelnde verstößt mit dem Abschluss des Behandlungsvertrages gegen ein Verbotsgesetz, sodass dieser nach § 134 BGB unwirksam ist. An dieser Stelle wird also wieder die Frage virulent, wie weit die Rückwirkungsfiktion des § 5 BÄO reicht.<sup>1399</sup> *Umfasst der Verweis auf die Rechtslage bei anfänglichem Nichtvorliegen der Approbation auch die Verjährungsregelungen?*

Mit Blick auf das Telos der Rückwirkung, eine abschreckende Wirkung zu entfalten, wäre eine Erstreckung auf die Verjährungsregelungen kontraproduktiv. Die Ansprüche der Patienten würden bei einem Abstellen auf den Zeitpunkt der Behandlungsleistung schneller verjähren, weil die kenntnisunabhängige Höchstfrist von zehn Jahren schneller ablaufen würde, als wenn man auf den Zeitpunkt der Rücknahme abstellen würde. Dadurch würde aber der Steuerungseffekt der Approbationsrücknahme gehemmt.

Darüber hinaus wäre eine solche Fiktion auch mit den Grundsätzen des Verjährungsrechts nicht vereinbar. Diese erfordern im Regelfall die Kenntnis des Anspruchsinhabers von den anspruchsbegründenden Tatsachen, damit dieser einer drohenden Einrede mit der Geltendmachung seines Anspruchs zuvorkommen kann, siehe § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Mit der Fiktion würde dieser Zeitraum einer möglichen Kenntnisnahme verkürzt und unter Umständen sogar auf null reduziert, weil die Kenntnis gerade nicht fingiert wird und daher erst ab dem Zeit-

<sup>1399</sup> Siehe hierzu grundsätzlich schon unter § 4 II.

punkt der Rücknahme eintreten kann. Denn wenn die Rücknahme erst zehn Jahre nach Vornahme der Leistung erklärt würde, wäre der bereicherungsrechtliche Anspruch schon zu diesem Zeitpunkt entstanden und zehn Jahre später ohne Rücksicht auf die fehlende Kenntnis des Patienten verjährt. Eine derartige Verkürzung der Rechte des Patienten ist nicht hinnehmbar. Die Rückwirkung erstreckt sich mithin nicht auf die Verjährung der Ansprüche.<sup>1400</sup> Der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB entsteht also aus verjährungsrechtlicher Sicht erst in dem Moment, in dem die Approbationsbehörde die Rücknahme vornimmt.

Für die regelmäßige Verjährung ist neben der Rücknahme auch die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis der anspruchsbegründenden Umstände entscheidend. Erfährt der Patient von der Rücknahme, hat er folglich vom Ende des Jahres an drei Jahre Zeit, seinen Anspruch geltend zu machen.

Der Anspruch verjährt allerdings ohne Rücksicht auf die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in zehn Jahren von ihrer Entstehung an. Der Patient hat für die Geltendmachung seines Rückforderungsanspruchs also maximal zehn Jahre Zeit, nachdem die Approbation zurückgenommen wurde.

## 2. Schadensersatzanspruch des Patienten wegen unwirksamer Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1 iVm. 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 253 Abs. 2 BGB

Der quasivertragliche Schmerzensgeldanspruch wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten verjährt gemäß § 195 BGB ebenfalls nach drei Jahren, wenn der Behandelnde die fehlerhafte Einwilligung und damit die rechtswidrige Körperverletzung fahrlässig verursacht hat. Hinsichtlich des Verjährungsbeginns nach § 199 Abs. 1 BGB gilt das oben Gesagte: Die Verjährungsfrist beginnt mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Der Schmerzensgeldanspruch wegen der unwirksamen Einwilligung entsteht schon im Moment des Heileingriffs. Der Patient wird von der unwirksamen Einwilligung jedoch erst erfahren, wenn die Behörde die Approbation zurückgenommen und somit das Fehlverhalten des Behandelnden aufgedeckt hat. Die Verjährungsfrist beginnt mithin am Ende des Jahres zu laufen, in dem die Behörde die Rücknahme erklärt und der Patient hiervon Kenntnis erlangte oder erlangen musste.

Nach § 199 Abs. 2 BGB verjährt der Anspruch allerdings ohne Rücksicht auf seine Entstehung und die Kenntnis oder das Kennenmüssen in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an. Die Vorschrift stellt bei Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB auf den Moment der Begehung der Pflichtverletzung ab,<sup>1401</sup> sodass die Frist

<sup>1400</sup> Ebenso *Jacobi*, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 166.

<sup>1401</sup> BeckOGK BGB/*Piekenbrock*, § 199 Rn. 163.

im Falle einer Aufklärungspflichtverletzung und im Falle der wegen arglistiger Täuschung unwirksamen Einwilligungserklärung an dem Tag zu laufen beginnt, an dem der Behandelnde den körperlichen Eingriff vornimmt. Der Zeitpunkt der Rücknahme spielt an dieser Stelle keine Rolle, weil die unwirksame Einwilligung nicht von der Rücknahme abhängt.

Für die Geltendmachung des Schmerzensgeldanspruchs bei einer fahrlässigen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts hat der Patient damit ab dem Zeitpunkt des Heileingriffs beziehungsweise der Rücknahme maximal 30 Jahre Zeit.

Führte der Behandelnde die rechtswidrige Körperverletzung vorsätzlich herbei, gilt die besondere Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Der Anspruch verjährt dann erst nach 30 Jahren. Die Frist beginnt allerdings nicht erst mit der Kenntnis des Patienten von den anspruchsbegründenden Tatsachen zu laufen, sondern bereits mit der Entstehung des Anspruchs, § 200 BGB. Ist dem Behandelnden also nach den oben erwähnten Grundsätzen Vorsatz zu attestieren, verjährt der Anspruch des Patienten, unabhängig von seiner Kenntnis, also 30 Jahre nach dem Heileingriff.

Etwas anderes gilt jedoch für den Fall der nachträglichen Anfechtung der Einwilligungserklärung nach § 119 Abs. 2 BGB. Nach hier vertretener Auffassung ist dem bösgläubigen Behandelnden in diesem Fall Vorsatz hinsichtlich der rechtswidrigen Körperverletzung zu attestieren, sodass § 197 BGB anwendbar ist. In diesem Fall hängt das Vorliegen des *error in persona* von der Rücknahme ab, weil sich der Patient nur bei einer Rücknahme über das Vorliegen der Approbation irren kann! Daher läuft die Frist von 30 Jahren erst ab dem Moment der Rücknahme, weil die *Ex tunc*-Wirkung des Entzuges gerade nicht fingiert wird.

### 3. Schadensersatzanspruch des Patienten wegen einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 249 ff. BGB

Auch der Schadensersatzanspruch des Patienten wegen einer Behandlung, die nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst erfolgt ist, verjährt nach drei Jahren, § 195 BGB, wenn die Körperverletzung fahrlässig geschah. Die Verjährungsfrist beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit hätte erlangen müssen. Danach ist also auch hier nicht das Jahr entscheidend, in dem der Behandelnde den Eingriff vorgenommen hat, sondern das Jahr, in dem der Patient Kenntnis von der nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung erlangt hat bzw. hätte erlangen müssen.

Nach § 199 Abs. 2 BGB verjährt der Anspruch aber ohne Rücksicht auf seine Entstehung und die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis in 30 Jahren von der Begehung der Handlung, der Pflichtverletzung oder dem sonstigen, den Schaden auslösenden Ereignis an.

Liegt der Behandlungsfehler nicht in einem entgegen den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführten Heileingriff, sondern schon in der mangelnden Qualifikati-

on des Behandelnden, liegt vorsätzliches Handeln des Behandelnden vor. Folglich gilt die dreißigjährige Verjährungsfrist des § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB, die mit der Entstehung des Anspruchs zu laufen beginnt, § 200.

#### 4. Deliktische Ansprüche des Patienten

Hinsichtlich der Verjährung der deliktischen Ansprüche des Patienten bestehen keine Unterschiede zu den vertraglichen beziehungsweise quasivertraglichen Ansprüchen. Für sie gelten die obigen Ausführungen ebenfalls.

#### 5. Schlussfolgerung

Die Ansprüche der Patienten gegenüber dem Behandelnden bestehen auch dann, wenn das Fehlverhalten des Behandelnden schon viele Jahre zurückliegt. Dabei kommt es auf die Verjährungshöchstfristen für die einzelnen Ansprüche an, die unabhängig von der Kenntnis oder grob fahrlässigen Unkenntnis des Patienten laufen.

Danach verjährt der Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB erst zehn Jahre, nachdem die Approbation zurückgenommen wurde.

Der vertragsähnliche und deliktische Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes verjährt 30 Jahre nach dem Ende des Jahres, in dem der Heileingriff vorgenommen wurde. Im Fall der Anfechtung der Einwilligungserklärung verjährt der Anspruch sogar erst 30 Jahre nach dem Ende des Jahres, in dem die Approbation zurückgenommen wurde.

Der vertragsähnliche und deliktische Schadensersatzanspruch wegen eines Behandlungsfehlers verjährt schließlich 30 Jahre nach dem Ende des Jahres, in dem der Heileingriff vorgenommen wurde.

Der erste Anspruch des Patienten verjährt bei nicht zu vertretender Unkenntnis über das Fehlverhalten des Behandelnden mithin erst 30 Jahre nach der Heilbehandlung. Der bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsanspruch besteht demgegenüber jedenfalls so lange, wie die Rücknahme noch nicht erfolgt ist. Gleiches gilt für den Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, wenn die Einwilligungserklärung durch den Patienten angefochten wird.

*Folglich ändert das Verjährungsrecht nichts daran, dass sich der bösgläubige Behandelnde – im Fall einer langen beruflichen Karriere – einer kaum zu überblickenden Zahl an Ansprüchen der Patienten ausgesetzt sieht.*

## V. Beweislast

Folgt man bei der Prüfung eines Schmerzensgeldanspruchs in Folge einer unwirksamen Einwilligung der Körperverletzungsdoktrin, besteht ein Vorteil wie gesehen darin, dass die Beweislast der Aufklärungspflichtverletzung dem Behandelnden zufällt. Denn im Rahmen § 823 Abs. 1 BGB wird die Rechtswidrigkeit durch den Heileingriff indiziert, der Schädiger muss also die Rechtmäßigkeit der Behandlung nachweisen. Diese Systematik findet allerdings in dem hier geprüften, quasivertraglichen Anspruch keine Entsprechung. Stattdessen ist die Pflichtverletzung vom Geschädigten zu beweisen. Da eine Heilbehandlung unter Einwilligung aber keine Pflichtverletzung im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB darstellt, hätte der Patient auch die unwirksame Einwilligung und damit die fehlerhafte Aufklärung nachzuweisen.<sup>1402</sup>

Richtigerweise bietet sich aber auch hier eine Beweislastumkehr an. Dazu sind die gleichen Argumente heranzuziehen, die die Vertreter der Persönlichkeitsrechtsdoktrin vorbringen, um die Beweislast bei Verletzung des Selbstbestimmungsrechts ebenfalls dem Behandelnden zuzuweisen. Insbesondere wird dabei eine Beweislastverteilung anhand einer Sphärenbetrachtung befürwortet.<sup>1403</sup> Der Patient hat zu wenig Einblick in die Sphäre des Behandelnden, sodass ihm der Beweis mangelhafter Aufklärung regelmäßig nicht gelingen wird. Demgegenüber wird dem gutgläubigen Behandelnden der Nachweis einer ordnungsgemäßen Aufklärung leichtfallen, da er ohnehin zur Führung einer Patientenakte verpflichtet war.<sup>1404</sup> Eine Pflicht hierzu besteht im Fall eines bösgläubigen Behandelnden zwar nicht, weil der Behandlungsvertrag unwirksam ist. In diesem Fall wird er aber zumindest in dem Glauben gewesen sein, eine solche Akte führen zu müssen und sie daher in aller Regel auch geführt haben. Es spricht daher viel dafür, demjenigen die Beweislast aufzuerlegen, dem auch die Pflicht zur Aufklärung obliegt.<sup>1405</sup>

Diese Gedanken sind auch im Fall eines quasivertraglichen Anspruchs auf Schmerzensgeld infolge der unwirksamen Einwilligung fruchtbar zu machen. Das zeigen die gesetzgeberischen Erwägungen mit Blick auf die Kodifizierung des Behandlungsvertrages, in denen die beschriebenen Gedankengänge übernommen wurden.<sup>1406</sup> Erklärtes Ziel war unter anderem auch der Gleichlauf zwischen Vertrags- und Deliktsrecht im Hinblick auf die Beweislastverteilung. Dann spricht viel dafür, diesen Gleichlauf auch für quasivertragliche Schadensersatzansprüche herzustellen.

---

<sup>1402</sup> Nach a.A. ist die Frage der Rechtswidrigkeit innerhalb des Vertretenmüssens zu prüfen. Da dieses nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermutet wird, hätte der Behandelnde die rechtfertigende Einwilligung zu beweisen, siehe BeckOGK BGB/*Riehm*, § 280 Rn. 174; dagegen BeckOGK BGB/*Schaub*, § 276 Rn. 27 und 35.

<sup>1403</sup> *Katzenmeier*, ZRP 1997, S. 156 (161); *Hart*, FS Heinrichs, S. 291, (317); *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2, S. 383 f.

<sup>1404</sup> *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S. 384.

<sup>1405</sup> *Hart*, FS Heinrichs, S. 317.

<sup>1406</sup> BT-Drs. 17/10488, S. 28 f.

Der Behandelnde trägt also auch bei einem Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung seiner Aufklärungspflicht.

Die gleichen Gründe sprechen ferner dafür, im Falle einer nicht *lege artis* durchgeführter Behandlung die Beweislastregeln des § 630h BGB analog anzuwenden. Die Wertungsgesichtspunkte, auf denen diese Vorschrift aufbaut, führen auch im vorvertraglichen Bereich dazu, die Norm entsprechend anzuwenden. Die Beweisschwierigkeiten des Patienten bestehen genauso wie bei Vorliegen eines Behandlungsvertrages und der Behandelnde ist auch in diesem Fall beweisnäher. Ferner ist von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen, weil der Gesetzgeber die Möglichkeit eines vertragsähnlichen Schuldverhältnisses ohne Vertrag wohl kaum bedacht haben wird. Schließlich besteht aus Gerechtigkeitsabwägungen auch ein Bedürfnis nach einem Analogieschluss. Denn die Beweislast beim Patienten anzusiedeln, führte letztlich zu keinem anderen Ergebnis, als dass der Behandelnde einen Vorteil aus seinem verbotswidrigen Verhalten ziehen würde. Das kann nicht richtig sein, denn ansonsten würde ein nicht approbierter Behandelnder einer mildereren Haftung ausgesetzt als ein ordnungsmäßig tätiger Arzt. § 630h BGB ist daher auch im Falle eines quasivertraglichen Schadensersatzanspruchs wegen eines Behandlungsfehlers analog anzuwenden.





## **§ 9 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen bei einer Behandlung im Krankenhaus**

Nachdem zunächst das Rechtsverhältnis zwischen dem Patienten und einem einzelnen Arzt untersucht wurde, ist nunmehr zu prüfen, inwieweit sich die Approbationsrücknahme auf Rechtsverhältnisse im Zusammenhang mit einer Krankenhausbehandlung auswirkt.

Dabei ist zunächst danach zu differenzieren, ob der Patient ambulant behandelt oder stationär im Krankenhaus aufgenommen wird.

### **I. Ambulante Behandlung**

Wird der Patient ambulant behandelt, ist für die Frage nach dem Fortbestand des Behandlungsvertrages zunächst zwischen den jeweiligen Vertragspartnern zu unterscheiden.

#### **1. Behandelnder als Vertragspartner**

Der Vertrag mit einem die Ambulanz betreibenden Behandelnden ist nach § 134 BGB mit Wirkung für die Vergangenheit nichtig, wenn dessen Approbation zurückgenommen wird und er bezüglich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.

War der Behandelnde gutgläubig, tritt die Nichtigkeit mit *Ex nunc*-Wirkung ein, sodass der Behandlungsvertrag für die Vergangenheit wirksam bleibt. Hierzu und mit Blick auf die Folgeansprüche ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, da in der Sache keine Unterschiede bestehen.<sup>1407</sup>

## 2. Krankenhausträger als Vertragspartner

### a. Wirksamkeit des Behandlungsvertrages mit dem Patienten

Häufig wird die Ambulanz aber auch durch den Krankenhausträger betrieben. Fraglich ist dann zunächst, ob der Behandlungsvertrag zwischen Krankenhausträger und Patient nach § 134 BGB iVm. § 2 BÄO unwirksam ist.

Dazu müsste der Behandlungsvertrag gegen § 2 BÄO verstoßen. Der Krankenhausträger – meist in Form einer AG oder GmbH organisiert –<sup>1408</sup> kann gegenüber dem Patienten die verbotswidrige Handlung aber nicht selbst vornehmen, weil er die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ (§ 2 Abs. 5 BÄO) nicht *in persona* erbringen kann. Er kann den Verbotstatbestand allerdings erfüllen, indem er eine Behandlung durch einen nicht approbierten Behandelnden verspricht. Denn das Telos des Patientenschutzes gebietet es, alle Rechtsgeschäfte zu verbieten, die die Vornahme der verbotenen Tätigkeit zum Gegenstand haben. Nur so kann die Verbotsnorm ihre präventive Wirkung voll entfalten.<sup>1409</sup>

Verpflichtet sich der Krankenhausträger zu einer Behandlung allein durch einen bestimmten Behandelnden, ist der Behandlungsvertrag im Falle der Rücknahme von dessen Approbation auf einen verbotswidrigen Erfolg gerichtet. Dieser Fall ist denkbar, wenn in der Ambulanz nur ein einziger Behandelnder arbeitet oder die Person des Behandelnden wesentlicher Vertragsinhalt geworden ist.

Sind dagegen mehrere Mediziner in der Ambulanz tätig und ist die Vornahme der Leistung durch einen bestimmten Behandelnden nicht vertraglich festgelegt, verstößt das Rechtsgeschäft nicht gegen § 2 BÄO, weil die Vertragspflicht auch von einem approbierten Mediziner erfüllt werden kann. Der Behandlungsvertrag ist dann wirksam.<sup>1410</sup>

### aa. Rechtsfolge des § 134 BGB

Kann die Behandlungsleistung nur durch den Behandelnden erfolgen, dessen Approbation später zurückgenommen wird, stellt sich erneut die Frage nach der verhältnismäßigen Rechtsfolge des Verbotsverstoßes.<sup>1411</sup> Im Rahmen der erforderlichen Abwägung stehen sich wieder die Schutzgüter Körper und Gesundheit des

<sup>1407</sup> Siehe hierzu die §§ 7 und 8.

<sup>1408</sup> Siehe unter § 5 II.

<sup>1409</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>1410</sup> Zu den Folgen siehe unter § 9 I. 2. f.

<sup>1411</sup> Siehe hierzu schon ausführlich unter § 7 II. 4.

Patienten und die Privatautonomie des Klinikbetreibers<sup>1412</sup> gegenüber. Aufgrund der mit der Behandlung durch eine ungeeignete Person verbundenen, hohen Gefährdung für die durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsgüter des Patienten, spricht zunächst viel für ein Überwiegen dieser Schutzgüter gegenüber der Privatautonomie.

Das gilt jedoch nur, wenn der Krankenhausträger mit Blick auf den Rücknahmegrund bösgläubig war. Wie gesehen ist die Nichtigkeit *ex tunc* nur dann geeignet, den Schutz der Gesundheitsversorgung zu gewährleisten, wenn daraus ein Präventionseffekt resultiert. Dieser setzt aber voraus, dass der Krankenhausträger Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem Rücknahmegrund hatte.

Daraus folgt, dass der mit der *Ex tunc*-Nichtigkeit verbundene, intensive Eingriff in die Privatautonomie im Falle des gutgläubigen Krankenhausträgers nicht gerechtfertigt werden kann, sodass die Totalnichtigkeit als Rechtsfolge unangemessen ist.

Die *Ex tunc*-Nichtigkeit kann demnach nur eintreten, wenn der Krankenhausträger hinsichtlich des Rücknahmegrundes und damit der fehlenden Eignung des Behandelnden Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte. Dabei ist zu beachten, dass es sich bei dem Krankenhausträger in der Regel um eine juristische Person handelt, sodass seine Kenntnis oder das Kennenmüssen bestimmter Umstände davon abhängt, ob seine Organe Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis über die Umstände haben. Dabei reicht es nach der sogenannten Organtheorie schon aus, wenn ein Mitglied eines Organs der juristischen Person Kenntnis von den Umständen hatte oder ihm Kennenmüssen vorzuwerfen ist.<sup>1413</sup>

Allerdings ist es kaum vorstellbar, dass Geschäftsführer oder anderweitige Organmitglieder des Krankenhausträgers hinsichtlich der fehlenden Eignung des Behandelnden bösgläubig sind. Einblicke in seine Vorgeschichte dürften sie regelmäßig nicht haben. Daran ändert auch der Einstellungsprozess nichts. Denn dabei wird der künftige Arbeitgeber auch den Nachweis einer Approbation mittels entsprechender Urkunde verlangen. Nur, wenn diese deutliche Anzeichen einer Fälschung erkennen ließ, wäre das Vertrauen des Trägers nicht schutzwürdig. Im Falle der Rücknahme legt der Behandelnde aber sogar eine Originalurkunde vor, sodass sich für den Krankenhausträger kein Grund ergibt, nicht auf den Fortbestand der Approbation zu vertrauen. Ihm kommt keine erweiterte Prüfungspflicht

---

<sup>1412</sup> Auch der Klinikbetreiber als juristische Person kann sich auf die Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG berufen, Art. 19 Abs. 3 GG. Die Vertragsfreiheit knüpft nicht unmittelbar an das Menschsein an, vielmehr kann eine Vertragspartei auch in einem Kollektiv von Menschen bestehen. Der Schutz der Privatautonomie erstreckt sich seinem Wesen nach daher auch auf juristische Personen, vgl. BVerfGE 21, 362 (369); 143, 246 (313 ff.); sowie *Paulus/Nölscher*, in: Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S. 135 f.

<sup>1413</sup> BGHZ 41, 282 (287); BGH, NJW 1984, 1953 (1954); BGH, NJW-RR 2002, 978 (982); BGH, NJW-RR 2006, 771 (772) Rn. 13; ebenso *Richardi*, AcP 169 S. 385, 388 f.; vgl. ferner *Karsten Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 285 ff.; *Hartung*, NZG 1999, S. 524 (526); BeckOK BGB/*Schöpflin*, § 31 Rn. 1; a.A. Staudinger/*Schwennicke* (2019) § 31 Rn. 7 mwN.

zu, vielmehr darf er sich auf das Urteil der Approbationsbehörde verlassen.<sup>1414</sup> Insoweit ist sein Vertrauen auf den Fortbestand des Behandlungsvertrages mit dem Patienten also in aller Regel schutzwürdig.

bb. Zurechnung der Kenntnis eines bösgläubigen Behandelnden?

Etwas anderes könnte allerdings gelten, wenn sich der Krankenhausträger die Kenntnis eines bösgläubigen Behandelnden zurechnen lassen müsste. Dabei ist zwischen leitenden Krankenhausärzten und solchen in nachgeordneter Stellung zu unterscheiden:

(1) Zurechnung der Kenntnis eines leitenden Krankenhausarztes

Handelt es sich bei dem Behandelnden, dessen Approbation entzogen wurde, um einen leitenden Krankenhausarzt, kommt zunächst eine Zurechnung nach § 278 BGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift wird aber nur das Verschulden des Erfüllungsgehilfen hinsichtlich einer Pflichtverletzung zugerechnet. Eine Wissenszurechnung ist in § 278 BGB gerade nicht geregelt.<sup>1415</sup> Auch eine analoge Anwendung kommt mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht, weil nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber die Frage der Zurechnung von besonderem Wissen eines Erfüllungsgehilfen übersehen hat. Vielmehr zeigt die Existenz des § 166 Abs. 1 BGB, dass sich der Gesetzgeber mit der Frage der Wissenszurechnung durchaus auseinandergesetzt hat. Fehlt eine vergleichbare Regelung für den Erfüllungsgehilfen, aber existiert sie für den Stellvertreter, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Regelung für den Erfüllungsgehilfen bewusst nicht vorgenommen hat.

Ferner kommt eine Zurechnung über § 31 BGB in Betracht.<sup>1416</sup> Allerdings findet über § 31 BGB ebenso wenig eine Wissenszurechnung statt wie über § 278 BGB. Gegenstand der Zurechnung sind lediglich zum Schadensersatz verpflichtende Handlungen,<sup>1417</sup> nicht aber die Kenntnis oder das Kennenmüssen bestimmter Umstände.

Auch eine Zurechnung über § 166 Abs. 1 BGB wäre denkbar. Jedoch ist auch ein leitender Krankenhausarzt nicht zwangsläufig auch Stellvertreter des Klinikbetreibers nach § 164 Abs. 1 BGB. Fehlt es an der erforderlichen Vertretungsmacht, ist § 166 Abs. 1 BGB nicht direkt anwendbar.

Ist der leitende Krankenhausarzt kein Stellvertreter des Klinikträgers, ist seine Kenntnis dem Krankenhausträger aber nach den Grundsätzen über den sogenannten Wissensvertreter zuzurechnen, § 166 Abs. 1 BGB analog.<sup>1418</sup>

---

<sup>1414</sup> SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 Rn. 25.

<sup>1415</sup> BeckOGK BGB/*Schaub*, § 278 Rn. 12; MüKo BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 49.

<sup>1416</sup> Siehe ausführlich bei Laufs/Katzenmeier/Lipp/*Katzenmeier*, S. 415 f.; ferner *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 26.

<sup>1417</sup> *Hartung*, NZG 1999, S. 524 (526); BeckOGK BGB/*Offenloch*, § 31 Rn. 1.

<sup>1418</sup> Vgl. BGH, NJW 2016, 3445 Rn. 61.

Dieser Rechtsfigur liegt folgender Gedanke zugrunde: Wer sich die Vorteile arbeitsteiligen Handelns zunutze macht und einen anderen mit seiner Entscheidungsgewalt betraut, soll sich nicht auf die eigene Unkenntnis berufen können, wenn sein Repräsentant hinsichtlich bestimmter Umstände Kenntnis hat.<sup>1419</sup> Wissensvertreter ist daher jede Person,

*„die nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und weiterzugeben.“<sup>1420</sup>*

Ein leitender Krankenhausarzt erfüllt die ihm übertragenen Pflichten mangels Weisungsbefugnis anderer Ärzte in eigener Verantwortung. Darüber hinaus repräsentiert er den Klinikträger durch seine herausragende Stellung in der Klinikhierarchie auch nach außen.<sup>1421</sup> Er kommt mithin als Wissensvertreter in Betracht.

Hierfür spricht ferner auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der einen leitenden Krankenhausarzt hinsichtlich der Haftung für durch ihn entstandene Schäden wie einen verfassungsgemäß berufenen Vertreter nach § 31 BGB behandelt.<sup>1422</sup> Daher liegt es nahe, ihn auch bei der Wissenszurechnung wie einen Vertreter des Krankenhausträgers zu behandeln.

Die Kenntnis eines leitenden Krankenhausarztes ist dem Klinikträger daher grundsätzlich zuzurechnen.

Klärungsbedürftig ist jedoch, welches Wissen sich der Klinikträger zurechnen lassen muss. Nach der obigen Definition ist nur solches Wissen zurechenbar, welches der Wissensvertreter im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung erlangt. Denn Wissensvertreter ist nur, wer als Repräsentant des Geschäftsherrn dazu berufen ist, bestimmte Aufgaben zu erfüllen „und die dabei [Hervorhebung durch Verfasser] anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und weiterzugeben“.

Demnach wäre das Wissen um den Rücknahmegrund, welches der Behandelnde schon im Vorfeld der Anstellung bei dem Krankenhausträger erlangt hat und gerade nicht bei der Erfüllung von Behandlungsleistungen, dem Krankenhausträger nicht zurechenbar.

Richtigerweise kann eine solche Aufspaltung in zurechenbares Wissen und nicht zurechenbares Wissen aber nicht vorgenommen werden. Das wird mit Blick auf § 166 Abs. 1 BGB deutlich, in dessen Wortlaut ein solcher Ansatz keinerlei Stütze findet.<sup>1423</sup> Nach dieser Vorschrift wird dem Vertretenen jedes Wissen sei-

<sup>1419</sup> BGHZ 83, 293 (296 f.); BGH, NJW 1985, 1080 (1081) unter 1. b; ebenso MüKo BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 49.

<sup>1420</sup> BGHZ 117, 104 (106 f.); BGH, GRUR 2016, 705 (708) Rn. 44; ebenso *Hartung*, NZG 1999, S. 524 (525); MüKo BGB/*Schubert*, § 166 Rn. 28. Für eine Erweiterung des Begriffs des Wissensvertreter: *Grigoleit*, ZHR 181 S. 160 (200).

<sup>1421</sup> BGH, NJW 1972, 334.

<sup>1422</sup> BGH, NJW 1972, 334; siehe darüber hinaus: BGHZ 95, 63 (70); BGH, NJW 1986, 776 unter II. 1.; außerdem BGHZ 101, 215 (218).

<sup>1423</sup> *Buck-Heeb*, WM 2008, S. 281 (282).

nes Vertreters zugerechnet, gleichgültig, zu welchem Zeitpunkt das Wissen erlangt wurde.

Die Kenntnis des leitenden Behandlenden von dem Rücknahmegrund ist dem Krankenhausträger entweder nach § 166 Abs. 1 BGB, oder nach § 166 Abs. 1 BGB analog zuzurechnen.

### (2) Zurechnung der Kenntnis eines nachgeordneten Arztes

Eine analoge Anwendung des § 166 Abs. 1 BGB im Sinne der Zurechnung eines sogenannten Wissensvertreters scheitert jedoch bei einem nachgeordneten Mediziner. Im Falle eines weisungsgebundenen Behandlenden, der beispielsweise die Stellung eines Assistenzarztes innehat, sind die genannten Voraussetzungen nämlich schon gar nicht erfüllt, weil es an der erforderlichen Eigenverantwortlichkeit fehlt.

Der Krankenhausträger muss sich die Bösgläubigkeit eines nachgeordneten Arztes mithin nicht zurechnen lassen.

### (3) Zwischenergebnis

Der Klinikbetreiber muss sich die Kenntnis eines bösgläubigen Behandlenden daher nicht zurechnen lassen, wenn es sich bei diesem um einen nachgeordneten Arzt handelt. Betrifft die Rücknahme dagegen einen leitenden Krankenhausarzt und war dieser hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig, muss sich der Krankenhausträger seine Kenntnis gemäß § 166 Abs. 1 BGB beziehungsweise nach § 166 Abs. 1 BGB analog zurechnen lassen.

### cc. Zwischenergebnis

Die Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages mit dem Krankenhausträger ist in aller Regel nicht zum Schutz der Gesundheitsversorgung geeignet, weil seine Organwalter kaum je Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der fehlenden Eignung des Behandlenden haben dürften. Folglich ist als Rechtsfolge des § 134 BGB nur die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages für die Zukunft verhältnismäßig.<sup>1424</sup> Bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche hinsichtlich der ausgetauschten Leistungen wären daher ausgeschlossen, weil für die Vergangenheit ein Rechtsgrund besteht.

Etwas anderes könnte gelten, wenn dem Klinikbetreiber die Bösgläubigkeit eines leitenden Arztes zuzurechnen ist, § 166 Abs. 1 BGB (analog). Gleiches gilt, wenn ein Organwalter des Krankenhausträgers ausnahmsweise doch Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von dem Rücknahmegrund hatte.

---

<sup>1424</sup> Eine vollständige Wirksamkeit des Behandlungsvertrages kommt dagegen nicht in Betracht, weil der Patient ansonsten bei noch nicht erfolgter Leistung einen Anspruch gerichtlich titulieren lassen könnte, der gegen ein Verbotsgesetz verstößt. Ein solcher Widerspruch zwischen den Teilrechtsordnungen ist zu vermeiden, siehe schon unter § 7 II. 4. d.

## dd. Fehlende Geeignetheit mangels präventiver Wirkung

Aber auch in diesen Fällen ist die mangelnde Geeignetheit der Totalnichtigkeit zur Erreichung des legitimen Zieles entgegenzuhalten. Dieses liegt wie gesehen darin, die Gesundheit des einzelnen Patienten und der Bevölkerung zu schützen. Dazu soll die Totalnichtigkeit einen Präventionseffekt zeitigen, indem eine abschreckende Wirkung für solche Vertragspartner eintritt, die sich in Zukunft zu einer Behandlungsleistung durch einen Behandelnden verpflichten, der für den Arztberuf ungeeignet ist.

An einem solchen Präventionseffekt fehlt es jedoch in allen Fällen, in denen der Behandlungsvertrag mit einer juristischen Person geschlossen wird. Dabei sind drei Szenarien zu unterscheiden: Wird der Vertrag mittels Stellvertretung durch den die Ambulanz leitenden Behandelnden geschlossen, ist ihm zwar seine mangelnde Eignung bekannt, sodass die daraus folgende Totalnichtigkeit einen präventiven Effekt zeitigen könnte. Jedoch treffen die direkten Nachteile dieser Nichtigkeit nicht den Behandelnden als Vertreter, sondern den Krankenhausträger. Eine Steuerungswirkung wird mithin nicht eintreten, weil der Behandelnde durch den Nachteil der rückwirkenden Nichtigkeit nicht direkt belastet wird. Eine mögliche Regresspflicht gegenüber dem Krankenhausträger erscheint als zu fernliegend, als dass sie tatsächlich abschreckend wirken könnte. Der Behandelnde wird sich hierum regelmäßig keine Gedanken machen.

Wird der Klinikbetreiber bei Vertragsschluss nicht durch den von der Rücknahme betroffenen Behandelnden vertreten, hat der Vertreter faktisch keine Kenntnis von dem Rücknahmegrund. Die Zurechnung der Kenntnis des Chefarztes ändert nichts an dem Ergebnis, dass der unwissende Vertreter den Behandlungsvertrag abschließen wird, sodass die präventive Wirkung auch in diesem Fall nicht eintritt.

Ein Präventionseffekt tritt schließlich auch nicht ein, wenn ein Organwalter Kenntnis von dem Rücknahmegrund hat. Denn dieser haftet nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, sodass ihm aus der Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages ebenfalls keine direkten Nachteile erwachsen. Auch in diesem Fall erscheinen die mittelbar drohenden Nachteile zu fernliegend, als dass sie tatsächlich eine Steuerungswirkung nach sich ziehen würden. Der betreffende Organwalter wird sich eher darauf verlassen, dass seine Kenntnis erst gar nicht entdeckt wird. Außerdem wird dieser Fall ohnehin kaum vorkommen, weil kein Grund ersichtlich ist, warum der Organwalter nicht gegen die Einstellung des ungeeigneten Behandelnden einschreiten sollte, wenn er Kenntnis von dessen schwerwiegendem Fehlverhalten hat.

Trotz zurechenbarer Bösgläubigkeit hinsichtlich der Eignung des Behandelnden ist eine Totalnichtigkeit des Behandlungsvertrages daher in allen Fällen unverhältnismäßig, in denen dieser mit einer juristischen Person geschlossen wird.

Der Behandlungsvertrag zwischen Patient und Krankenhausträger ist folglich nur mit Wirkung für die Zukunft nichtig, § 134 Hs. 2 BGB. Damit stellt sich die Frage nach der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses nicht.

Eine vollständige Wirksamkeit scheidet auch im Falle des Behandlungsvertrages mit einem Krankenhausträger aus, weil ansonsten ein Widerspruch zwischen den Teilrechtsordnungen droht.<sup>1425</sup>

*b. Sekundäransprüche des Patienten gegen den Krankenhausträger wegen unwirksamer Einwilligung aus §§ 280 Abs. 1, 630a BGB*

Wie bereits erläutert, stellt die Heilbehandlung durch einen Behandlenden, dessen Approbation rückwirkend entzogen wurde, eine rechtswidrige Körperverletzung dar. Denn entweder fußt die Einwilligung des Patienten auf einer unzureichenden Aufklärung, oder er kann die Einwilligungserklärung rückwirkend anfechten. Damit geht eine Verletzung der Patientenautonomie einher, die nach hier vertretener Auffassung als immaterieller Schaden ersatzfähig ist.<sup>1426</sup> Die erarbeiteten Grundsätze sind auch auf einen Behandlenden anzuwenden, der selber keinen Vertrag mit dem Patienten schließt, weil für den Eingriff in den Körper des Patienten und seine Dispositionsfreiheit hierüber kein Behandlungsvertrag zwischen dem Handelnden und dem Patienten vorliegen muss. Die Einwilligung betrifft allein das Verhältnis zwischen dem Handelnden und demjenigen, in dessen Rechtsgüter eingegriffen wird; auf einen schuldrechtlichen Vertrag kommt es hierbei nicht an.

Fraglich ist allein, ob der Krankenhausträger die rechtswidrige Körperverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Da es sich bei dem Behandlenden um einen Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers handelt, ist letzterem ein etwaiges Verschulden des Behandlenden zuzurechnen, § 278 BGB. Dafür ist erforderlich, dass den Behandlenden hinsichtlich der rechtswidrigen Körperverletzung ein Verschulden trifft. Das ist wie gesehen der Fall, wenn er hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.<sup>1427</sup>

Es lässt sich mithin festhalten, dass der Patient einen Schadensersatzanspruch für die erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung gegen den Klinikträger hat, wenn der Behandlende hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.

*c. Sekundäransprüche des Patienten gegen den Klinikträger wegen einer nicht lege artis durchgeführten Behandlung aus § 280 Abs. 1, 630a BGB*

Hat der Behandlende den Heileingriff nicht *lege artis* durchgeführt, kommt ebenfalls ein vertraglicher Ersatzanspruch gegen den Krankenhausträger in Betracht. Dieser muss sich ein Verschulden des Behandlenden wiederum über § 278 BGB beziehungsweise über § 31 BGB zurechnen lassen. Dabei ist zu beachten, dass für den Behandlenden dieselben Sorgfaltsanforderungen gelten, die man auch an einen gewissenhaften Arzt derselben Fachrichtung und mit demselben Ausbildungsstand stellt.<sup>1428</sup>

<sup>1425</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 7 II. 4. d.

<sup>1426</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 1. e.

<sup>1427</sup> Siehe unter § 8 II. 1. c.

<sup>1428</sup> Siehe unter § 8 II. 3. a.



Auch ist wieder zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung einen Behandlungsfehler schon in einem Heileingriff durch einen hierzu nicht qualifizierten Behandelnden sieht. Bedingt die fehlende Qualifikation einen Schaden, haftet der Krankenhausträger ebenfalls nach § 280 Abs. 1 BGB iVm. § 630a BGB.

*d. Deliktischer Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger aus § 831 BGB*

Fraglich ist schließlich, ob der Krankenhausträger auch deliktisch wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten haftet. In Betracht kommt eine Haftung aus § 831 BGB. Allerdings haftet der Krankenhausträger, anders als im Vertragsrecht, deliktisch nur für eigenes Verschulden. Eine Zurechnung des Verschuldens des Behandelnden kommt nicht in Betracht. So haftet er für den Behandelnden als Verrichtungsgehilfen nur, wenn ihn selbst bei der Auswahl oder der Überwachung des Behandelnden ein Verschulden trifft. Ein Auswahlverschulden kommt schon deswegen nicht in Betracht, weil der Behandelnde dem Klinikträger eine echte Approbationsurkunde vorgelegt hat und der Träger auf die Entscheidung der Approbationsbehörde vertrauen darf.<sup>1429</sup>

Ein Überwachungsverschulden liegt vor, wenn dem Klinikbetreiber Anhaltspunkte für die mangelnde Eignung des Behandelnden vorgelegen haben und er diesen nicht nachgegangen ist. In diesem Fall haftet er für den mit der rechtswidrigen Körperverletzung einhergehenden Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

Ist durch einen nicht *lege artis* durchgeführten Eingriff ein Schaden beim Patienten entstanden, haftet der Klinikträger schließlich ebenfalls nach § 831 BGB, wenn ihm ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden nachgewiesen werden kann.

---

<sup>1429</sup> Vgl. schon unter § 8 II. 4. b.

*e. Deliktische Ansprüche des Patienten gegen den Behandelnden*

Schließlich haftet der bösgläubige Behandelnde nach § 823 Abs. 1 BGB für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Keine Haftung besteht diesbezüglich, wenn der Behandelnde gutgläubig war. Denn der Behandelnde durfte mangels anderweitiger Anhaltspunkte auf den Bestand der Einwilligung vertrauen und hat die rechtswidrige Körperverletzung daher nicht verschuldet.

Daneben besteht ein deliktischer Anspruch des Patienten im Fall einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung. Dabei muss sich der Behandelnde an dem ärztlichen Sorgfaltsmaßstab messen lassen.

*f. Rechtsbeziehung zwischen Patienten und Krankenhausträger bei vollständiger Wirksamkeit des Behandlungsvertrages*

Schließlich ist zu ergründen, wie sich die Approbationsrücknahme auf Fälle auswirkt, in denen der Behandlungsvertrag zwischen Klinikträger und Behandelndem nicht gegen § 2 BÄO verstößt und § 134 BGB daher nicht anwendbar ist. Gemeint sind Fälle, in denen in der Ambulanz mehrere Mediziner beschäftigt sind, sodass die vertragliche Behandlungsleistung auch von einem approbierten Behandelnden erbracht werden kann.

Wird die Behandlung nun von einem Behandelnden erbracht, der fachlich oder persönlich nicht hierzu geeignet ist und dessen Approbation aus diesem Grund zurückgenommen wird, stellen sich insbesondere zwei Fragen: Kann der Patient die gezahlte Vergütung herausverlangen? Und: Hat der Patient wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechtes Schadensersatzansprüche gegen den Klinikträger?

*aa. Anspruch des Patienten auf Rückzahlung der Vergütung aus § 326 Abs. 4 iVm. §§ 346–348 BGB*

Der Patient könnte einen Rückzahlungsanspruch haben, weil seine Gegenleistungspflicht aufgrund der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Krankenhausträger entfallen ist.

Mit dem Behandlungsvertrag verpflichtet sich der Krankenhausträger zur Behandlung des Patienten, § 630a Abs. 1 BGB. Die Unmöglichkeit dieser Leistungspflicht könnte sich folgendermaßen ergeben: Hat der Behandelnde den Heileingriff bereits erfolgreich vorgenommen, könnte man vertreten, dass trotz der *lege artis* durchgeführten Behandlung keine Erfüllung der Leistungspflicht nach § 362 Abs. 1 BGB eingetreten ist. Dafür müsste man wiederum annehmen, dass der Krankenhausträger nicht nur die Pflicht zur Behandlungsleistung hat, sondern die Pflicht zu einer Behandlung durch einen hierzu geeigneten Arzt. In diesem Fall wäre die Behandlung durch einen Behandelnden, der einen Rücknahmegrund erfüllt und daher persönlich oder fachlich für den Arztberuf ungeeignet ist, keine erfüllungstaugliche Leistungshandlung. Die Leistungspflicht bestünde demnach mit Blick auf die Erfüllung fort, entfällt letztlich aber wegen Zweckfortfalls nach

§ 275 Abs. 1 BGB, weil die Heilbehandlung erfolgreich war und der Patient sie nunmehr nicht mehr benötigt.<sup>1430</sup>

Damit diese Logik aufgeht, müsste die Leistungspflicht aus dem Behandlungsvertrag neben der Behandlung des Patienten auch beinhalten, dass der Behandelnde zur Vornahme der Heilbehandlung geeignet ist.

Dies ist zu bejahen. Die Eignung des Behandelnden wird bei Vertragsschluss zwar selten ausdrücklich thematisiert werden, es ist jedoch davon auszugehen, dass der Patient sie stillschweigend voraussetzt, wenn er sich in die Obhut des Krankenhausträgers und später in die des behandelnden Arztes begibt, §§ 133, 157 BGB. Andernfalls würde er seinem Vertragspartner und dessen Erfüllungsgehilfen wohl kaum das gewichtige Rechtsgut der eigenen Gesundheit preisgeben. Auch die Erklärung des Krankenhausbetreibers lässt aus Sicht eines objektiven Empfängers keinen anderen Schluss zu. Hierfür spricht, dass er aufgrund der sicherlich vorgelegten Approbationsurkunde ebenfalls davon ausgeht, dass der Behandelnde den Anforderungen genügt.

Mit der Behandlung durch den ungeeigneten Mediziner wurde die Leistungspflicht aus dem Behandlungsvertrag mithin nicht erfüllt. Zwar könnte der Krankenhausträger die Behandlung nunmehr durch einen anderen, geeigneten Mediziner durchführen lassen. Richtigerweise ist der Anspruch aber inzwischen nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil die Gesundheit des Patienten durch die Behandlung des ungeeigneten Mediziners bereits wiederhergestellt wurde. Mithin entfällt auch der Anspruch auf die Gegenleistung, § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB. Hat der Patient die Vergütung bereits gezahlt, kann er sie nach § 326 Abs. 4 BGB zurückverlangen.

#### bb. Anspruch aus Rückgewährschuldverhältnis, § 346 Abs. 1 BGB

Daneben könnte der Patient auch von dem Behandlungsvertrag zurücktreten, sodass die empfangenen Leistungen im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses rückabzuwickeln sind. Erforderlich ist ein Rücktrittsgrund, der sich im Fall einer unmöglichen Leistung aus § 326 Abs. 5 BGB ergibt. Erklärt der Patient den Rücktritt, hat er gemäß § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Vergütung, während der Krankenhausträger einen Anspruch auf Wertersatz für die Behandlungsleistung hat, § 346 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

#### cc. Anspruch des Patienten auf Herausgabe der Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

In Betracht kommt ferner ein bereicherungsrechtlicher Kondiktionsanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Dafür ist erforderlich, dass der Patient den Behandlungsvertrag anfechten kann, sodass

---

<sup>1430</sup> Siehe hierzu BeckOK BGB/Lorenz, § 275 Rn. 44.

in der Folge der Rechtsgrund für die Vergütungsleistung rückwirkend entfällt, § 142 Abs. 2 BGB.

(1) Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB

Dabei könnte man die Anfechtung zunächst auf einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Person des Behandelnden stützen, § 119 Abs. 2 BGB. Als solche kommt zunächst die fehlende Approbation in Betracht. Richtigerweise ist die (von der Literatur behauptete) Rückwirkungsfiktion des § 5 Abs. 1 BÄO aber nicht auf die Anfechtung des Behandlungsvertrages mit dem Klinikträger zu erstrecken, weil dies den Zweck der Rücknahme, den Schutz der Allgemeinheit und des einzelnen Patienten, nicht fördert. Denn die Anfechtung des Behandlungsvertrages hat nur Rückabwicklungsansprüche gegen dem Klinikträger zur Folge. Dieser hat aber mit der Überprüfung der Approbationsurkunde alles ihm Mögliche getan, um die Behandlung durch einen ungeeigneten Mediziner zu vermeiden. Diesbezüglich ginge der präventive Effekt der Anfechtbarkeit mithin ins Leere. Gegenüber dem Behandelnden selbst würde kein präventiver Effekt eintreten, weil diesem aus der Anfechtbarkeit kein unmittelbarer Nachteil entsteht.

Eine Fehlvorstellung über Tatsachen bestand aber auch bezüglich der fachlichen oder persönlichen Eignung des Behandelnden, weil dieser entgegen der Vorstellung des Patienten einen Rücknahmegrund erfüllte. Die Eignung des Behandelnden für den Arztberuf ist verkehrswesentlich für den Behandlungsvertrag, weil dieser letztlich die geschuldete Leistung vornimmt und die mangelnde Geeignetheit hierzu das Risiko einer Leistungsstörung erhöht.<sup>1431</sup>

Allerdings geht es in den Fällen des § 119 Abs. 2 BGB in der Regel um einen *error in persona* bezüglich des Vertragspartners. In Bezug auf eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Krankenhausträgers hat sich der Patient aber nicht geirrt.

*„Richtigerweise kann sich der Eigenschaftsirrtrum aber auch auf einen nicht am Vertragsschluss beteiligten Dritten beziehen.“<sup>1432</sup> Jedoch spricht § 119 Abs. 2 BGB von Eigenschaften der Person oder der [Hervorhebungen durch Verfasser] Sache, sodass nur solche Personen in Frage kommen, auf die sich die Willenserklärung des Patienten bezieht.“<sup>1433</sup>*

Im Fall des Behandlungsvertrages mit dem Klinikträger ist offenkundig, dass dieser die Behandlungsleistung nicht selbst vornehmen kann. Berechtigte Erwartungen des Patienten hinsichtlich der Eignung des Behandelnden beziehen sich daher von vornherein nicht auf den Klinikträger, sondern auf die angestellten

<sup>1431</sup> Staudinger/Singer (2017), § 119, Rn. 90.

<sup>1432</sup> RGZ 98, 206 (207 f.); 158, 166 (170); BezirksG Potsdam, Urteil vom 15. Oktober 1993 – 1 S 51/93 –, juris Rn. 29; Faust, BGB AT, S. 189; Flume, BGB AT II, S. 489 f.; Staudinger/Singer (2017), § 119 Rn. 89; MüKo BGB/Armbrüster, § 119 Rn. 132.

<sup>1433</sup> Medicus/Petersen, Rn. 137.

Ärzte. Daher muss ein diesbezüglicher Irrtum über die Person, die letztlich die vertragliche Leistung vornimmt, auch ein Anfechtungsrecht nach sich ziehen.

Allerdings müsste der Irrtum über die Eignung des Erfüllungsgehilfen auch kausal für den Abschluss des Behandlungsvertrages geworden sein. Das Anfechtungsrecht besteht nach § 119 Abs. 1 S. 2 BGB nicht, wenn anzunehmen ist, dass der Irrende die Willenserklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht ebenso abgegeben haben würde.

Hätte der Patient um die fehlende Eignung des Behandelnden gewusst, ist jedenfalls nicht davon auszugehen, dass er den Behandlungsvertrag mit dem Klinikträger in dieser Form abgeschlossen hätte. Womöglich wäre es zwar trotzdem zu einem Vertragsschluss gekommen, jedenfalls hätte der Patient aber nur unter der Prämisse kontrahiert, dass der ungeeignete Mediziner an seiner Behandlung nicht teilnimmt.

Der Irrtum über die Eignung des Behandelnden war mithin kausal für die konkret abgegebene Willenserklärung des Patienten.

#### (2) Anfechtung nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Daneben könnte der Behandlungsvertrag auch wegen arglistiger Täuschung anfechtbar sein, § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Zwar hat der gutgläubige Krankenhausträger den Patienten nicht über die mangelnde Eignung des Behandelnden getäuscht, ihm könnte aber die arglistige Täuschung durch einen bösgläubigen Behandelnden zurechenbar sein, § 123 Abs. 2 BGB. Als Erfüllungsgehilfe ist der Behandelnde jedenfalls Nichtdritter, sodass seine Täuschung dem Krankenhausträger zurechenbar ist.<sup>1434</sup>

Da die Täuschung des Behandelnden in einem Unterlassen besteht, muss ihn eine Aufklärungspflicht gegenüber dem Patienten treffen. Eine solche Offenbarungspflicht kann sich schon aus einem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragspartnern ergeben.<sup>1435</sup> Zwar besteht zwischen dem Behandelnden und dem Patienten kein Behandlungsvertrag, das ändert aber nichts daran, dass faktisch eine Arzt-Patienten-Beziehung entsteht, die auf einer besonderen Vertrauensgrundlage fußt.<sup>1436</sup> Der bösgläubige Behandelnde hat den Patienten daher auch dann über seine fehlende Eignung zu informieren, wenn er nur eine Leistungspflicht des Krankenhausträgers erfüllt.

Hinsichtlich der Kausalität der Täuschung gilt das oben Gesagte. Hätte der Behandelnde den Patienten über den Rücknahmegrund aufgeklärt, ist nicht davon auszugehen, dass der Patient den Behandlungsvertrag ebenso abgeschlossen hätte. Vielmehr hätte er den Vertrag nur unter der Bedingung geschlossen, dass der betreffende Behandelnde bei der Heilbehandlung nicht mitwirkt.

<sup>1434</sup> BGH, NJW 1962, 2195 (2196); MüKo BGB/Armbrüster, § 123 Rn. 73.

<sup>1435</sup> MüKo BGB/Armbrüster, § 123 Rn. 34.

<sup>1436</sup> Siehe hierzu schon unter § 8 II. 1. a.

War der Behandelnde dagegen hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, liegt mangels Vorsatzes keine arglistige Täuschung hierüber vor.

### (3) Zwischenergebnis

Der Patient kann den Behandlungsvertrag folglich nach § 119 Abs. 2 BGB sowie im Falle eines bösgläubigen Behandelnden nach § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB anfechten. Der Behandlungsvertrag ist nach § 142 Abs. 1 BGB mit Wirkung für die Vergangenheit als unwirksam zu betrachten, sodass es an einem Rechtsgrund für die Vergütungsleistung des Patienten mangelt.

Ficht der Patient den Behandlungsvertrag an, hat er mithin einen Rückzahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB in Höhe der gezahlten Vergütung gegen den Krankenhausträger. Wusste der Behandelnde um seine fehlende Eignung, hilft ihm der Einwand der Entreicherung nicht weiter, (§§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB iVm. § 142 Abs. 2 BGB). Mit Blick auf die Kenntnis des Krankenhausträgers von der Anfechtbarkeit gelten die obigen Ausführungen entsprechend.<sup>1437</sup> Sie kann sich entweder aus der Bösgläubigkeit eines Organwalters ergeben oder dem Krankenhausträger nach § 166 Abs. 1 BGB (analog) zugerechnet werden, wenn es sich bei dem Behandelnden in der Ambulanz um einen bösgläubigen Wissensvertreter handelt.

dd. Wertersatzanspruch des Krankenhausträgers aus  
§§ 812 Abs. 1 Alt. 1 iVm. 818 Abs. 2 BGB

Ein Wertersatzanspruch des Krankenhausträgers für die erbrachten Leistungen aus §§ 812 Abs. 1 Alt. 1 iVm. 818 Abs. 2 BGB ist zu bejahen, wenn der Krankenhausträger hinsichtlich der fehlenden Eignung gutgläubig war. Im Falle der Bösgläubigkeit scheidet ein Wertersatzanspruch dagegen an § 817 S. 2 BGB.

ee. Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger wegen Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts aus § 280 Abs. 1, § 630a Abs. 1 BGB bzw. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB

Ferner kommt ein Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger wegen der Verletzung der Patientenautonomie in Betracht, die sich aus der rechtswidrigen Körperverletzung ergibt. Die Anspruchsgrundlage hängt davon ab, ob der Patient den Behandlungsvertrag anfechtet oder nicht. Besteht das Vertragsverhältnis fort, ergibt sich ein vertraglicher Schadensersatzanspruch, ist der Behandlungsvertrag nichtig, besteht ein Ersatzanspruch aus *culpa in contrabendo*.

Wie bereits erläutert, stellt die Heilbehandlung durch einen Behandelnden, dessen Approbation rückwirkend entzogen wurde, eine rechtswidrige Körperverletzung dar. Denn entweder fußt die Einwilligung des Patienten auf einer unzureichenden Aufklärung oder er kann die Einwilligungserklärung rückwirkend an-

<sup>1437</sup> Siehe unter § 9 I. 2. a. bb.

fechten, wobei die Anfechtungserklärung schon in dem Schadensersatzverlangen des Patienten liegt.<sup>1438</sup> Daraus resultiert eine Verletzung der Patientenautonomie, die nach hier vertretener Auffassung als immaterieller Schaden ersatzfähig ist.<sup>1439</sup>

Fraglich ist allein, ob der Krankenhausträger die rechtswidrige Körperverletzung auch zu vertreten hat, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB. Da es sich bei dem Behandelnden um einen Erfüllungsgehilfen des Krankenhausträgers handelt, ist letzterem ein etwaiges Verschulden des Behandelnden zuzurechnen, § 278 BGB. Ist der Behandelnde ein leitender Krankenhausarzt, erfolgt die Zurechnung über § 31 BGB. Dafür ist erforderlich, dass den Behandelnden hinsichtlich der rechtswidrigen Körperverletzung ein Verschulden trifft. Das ist wie gesehen der Fall, wenn er hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.<sup>1440</sup>

Ein Anspruch auf Schmerzensgeld gegenüber dem Klinikträger besteht mithin immer, wenn der Behandelnde wusste oder grob fahrlässig nicht wusste, dass ein Rücknahmegrund vorlag. War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, scheidet eine Haftung des Klinikträgers wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten dagegen aus.

Hat dagegen ein anderer Arzt aufgeklärt und wurde die Behandlung in der Folge von demjenigen vorgenommen, dessen Approbation später zurückgenommen wird, liegt jedenfalls kein formeller Aufklärungsfehler vor, weil der Aufklärende fachlich zur Aufklärung geeignet ist. In diesem Fall ist aber von einem materiellen Aufklärungsfehler auszugehen, wenn sich durch den Rücknahmegrund die Risiken der Behandlung für den Patienten erhöhen. Außerdem besteht auch hier ein Anfechtungsrecht des Patienten.

Den rechtswidrigen Heileingriff hat der aufklärende Arzt zwar nicht zu vertreten, weil er keine Kenntnis von der fehlenden Eignung des Behandelnden hatte, der den Eingriff vornimmt. Jedoch trifft auch den späteren Behandelnden selbst eine Aufklärungspflicht über den Rücknahmegrund, wenn er diesbezüglich Kenntnis hatte und ihm bewusst ist, dass der Patient den Eingriff bei Kenntnis der Umstände nicht von ihm würde vornehmen lassen. Denn der Behandelnde ist für alle Eingriffe aufklärungspflichtig, die er selbst durchführt.<sup>1441</sup> Die Delegation auf einen anderen Mediziner entbindet ihn nicht von dieser Pflicht, vielmehr hat er sicherzustellen, dass der Patient bei Vornahme des Eingriffs auch tatsächlich vollständig und korrekt aufgeklärt wurde.<sup>1442</sup>

War der Behandelnde folglich mit Blick auf seine fehlende Eignung bösgläubig, weiß er um die Unwirksamkeit, beziehungsweise Anfechtbarkeit der Einwilligung und hat die mit der Behandlung einhergehende rechtswidrige Körperverletzung daher zu vertreten. Dieses Vertretenmüssen ist dem Krankenhausträger

---

<sup>1438</sup> Siehe schon unter § 8 II. 1. b. aa. (1) (b) (cc) (ccc).

<sup>1439</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 1. e.

<sup>1440</sup> Siehe unter § 8 II. 1. c.

<sup>1441</sup> BeckOK BGB/*Katzenmeier*, § 630e Rn. 36.

<sup>1442</sup> MüKo BGB/*Wagner*, § 630e Rn. 40.

wiederum über § 278 BGB beziehungsweise über § 31 BGB zuzurechnen, sodass der Patient einen Anspruch auf Schmerzensgeld gegen ihn hat.

ff. Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Krankenhausträger aus §§ 280 Abs. 1 iVm. 630a BGB bzw. §§ 280 Abs. 1 iVm. 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB wegen eines Behandlungsfehlers

Unterläuft dem Behandelnden im Rahmen des Heileingriffs schuldhaft ein Fehler, ist das Verschulden dem Krankenhausträger nach § 278 BGB zuzurechnen. Handelt es sich bei dem Behandelnden um den Leiter der Ambulanz, erfolgt eine Zurechnung über § 31 BGB. Im Falle eines kausalen Schadens besteht mithin ein vertraglicher, beziehungsweise, wenn der Patient den Behandlungsvertrag angefochten hat, ein quasivertraglicher Schadensersatzanspruch des Patienten gegen den Klinikträger. Dabei muss sich der Behandelnde am ärztlichen Sorgfaltsmaßstab messen lassen.

gg. Deliktische Ansprüche

Der Patient hat schließlich einen deliktischen Anspruch gegen den Behandelnden wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts und gegebenenfalls wegen eines Behandlungsfehlers. Diesbezüglich ergeben sich aus der Wirksamkeit des Behandlungsvertrages aber keine Besonderheiten.

### 3. Zwischenergebnis für den Fall der ambulanten Behandlung

Hinsichtlich der Frage, welche Auswirkungen die Approbationsrücknahme im Fall der ambulanten Behandlung des Patienten im Krankenhaus betrifft, ist danach zu unterscheiden, wer die Ambulanz betreibt: Wird die Ambulanz durch den Behandelnden selbst betrieben, gelten die Ausführungen zur Privatbehandlung entsprechend.

Wird die Ambulanz durch einen Klinikträger betrieben und wird die Behandlungsleistung durch einen Behandelnden erbracht, dessen Approbation später zurückgenommen wird, gilt folgendes:

Ist nur ein Behandelnder in der Ambulanz beschäftigt oder ist der Behandlungsvertrag mit dem Patienten explizit auf einen bestimmten Behandelnden konkretisiert, ist der Behandlungsvertrag mit Wirkung für die Zukunft nichtig, § 134 BGB. Eine *Ex tunc*-Nichtigkeit scheidet aus, weil sie nicht geeignet ist, den Telos des § 2 BÄO zu erreichen. Mithin bleibt der Behandlungsvertrag in der Vergangenheit als Rechtsgrund bestehen, sodass keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche bestehen.

Allerdings bestehen vertragliche Sekundäransprüche: So haftet der Krankenhausträger für die durch die rechtswidrige Heilbehandlung erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung, wenn der Behandelnde bösgläubig war. Ferner besteht ein vertraglicher Schadensersatzanspruch, wenn die Behandlung nicht *lege artis* vorgenommen wurde und dem Patienten hierdurch ein Schaden entstanden ist.



Außerdem haftet der Krankenhausträger nach § 831 BGB für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, wenn ihn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden hinsichtlich der fehlenden Geeignetheit des Behandelnden trifft. Ebenso besteht ein solcher Anspruch unter den gleichen Voraussetzungen, wenn der Behandelnde den Eingriff nicht *lege artis* vornimmt.

Der Behandelnde haftet ebenfalls deliktisch für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten sowie eine Behandlung entgegen der ärztlichen Kunst.

Ist der Behandlungsvertrag mit dem Klinikträger über die ambulante Behandlung wirksam und wird die Behandlungsleistung durch einen Mediziner erbracht, dessen Approbation später zurückgenommen wird, besteht ein Anspruch des Patienten auf Rückzahlung der Vergütung aus § 326 Abs. 4 BGB. Außerdem kann der Patient vom Behandlungsvertrag zurücktreten, § 326 Abs. 5 BGB, sodass die getätigten Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB rückabgewickelt werden.

Ferner kann der Patient den Vertrag anfechten und die gezahlte Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen. War der Krankenhausträger hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig, haftet er nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verschärft, sodass ihm der Einwand der Entreicherung nicht weiterhilft.

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes dagegen gutgläubig, hat er einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz für die Behandlungsleistung.

Außerdem kommt dem Patienten ein vertraglicher (im Fall der Anfechtung vertragsähnlicher) Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts gegen den Krankenhausträger zu.

Tritt in Folge der Behandlung durch den ungeeigneten Behandelnden ein weiterer Schaden ein, kommt dem Patienten diesbezüglich ebenfalls ein vertraglicher (beziehungsweise im Fall der Anfechtung vertragsähnlicher) Schadensersatzanspruch gegen den Krankenhausträger zu.

Der Patient hat schließlich einen deliktischen Anspruch gegen den Behandelnden wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts und gegebenenfalls wegen eines Behandlungsfehlers.

## II. Stationäre Behandlung

Wird der Patient stationär aufgenommen, ist weiter zwischen dem Modell des totalen Krankenhausvertrages und dem des gespaltenen Krankenhausvertrages zu unterscheiden. Einen Sonderfall bilden zudem die Vereinbarungen über ärztliche Wahlleistungen.

### 1. Totaler Krankenhausvertrag

Mangels Rechtsverhältnisses zwischen Patienten und Krankenhausarzt ist § 134 BGB bei Vorliegen eines totalen Krankenhausvertrages zwischen diesen Parteien schon tatbestandlich nicht anwendbar. Ein solches besteht nur zwischen Krankenhausträger und Patient.

Ein Verstoß gegen § 2 BÄO käme wiederum nur vor dem Hintergrund in Betracht, dass der Krankenhausträger sich zu einer Behandlungsleistung durch einen Arzt verpflichtet, dessen Approbation zurückgenommen wird. Im Rahmen des totalen Krankenhausvertrages verpflichtet sich der Krankenhausträger aber nicht zur Erbringung der ärztlichen Leistung durch einen bestimmten Arzt. Über die Person des Behandelnden kann der Krankenhausträger vielmehr frei disponieren,<sup>1443</sup> sodass der Inhalt des Vertrages nicht die Vornahme einer verbotswidrigen Handlung zum Gegenstand hat. § 134 BGB ist mithin mangels Verbotsverstoß nicht anwendbar.

Es stellt sich also erneut die Frage, welche Auswirkungen die Approbationsrücknahme in Fällen hat, in denen der Behandlungsvertrag zwischen Krankenhausträger und Patienten fortbesteht.

Hierzu kann auf die obigen Ausführungen zurückgegriffen werden:<sup>1444</sup> Wird der Heileingriff durch einen Behandelnden durchgeführt, dessen Approbation später zurückgenommen wird, liegt keine erfüllungstaugliche Leistung vor, da der Krankenhausträger die Behandlung durch einen hierzu geeigneten Arzt schuldet. Ist die Gesundheit des Patienten durch den Heileingriff aber wiederhergestellt, liegt ein Fall der Zweckerreichung vor, sodass der Anspruch des Patienten auf die Behandlungsleistung nunmehr nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Der Patient kann die geleistete Vergütung nach § 326 Abs. 4 BGB zurückverlangen. Daneben kommt dem Patienten ein Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB zu, in dessen Folge ein Rückgewährschuldverhältnis mit entsprechenden Pflichten zwischen Patienten und Behandelndem entsteht.

Ferner kann der Patient den Behandlungsvertrag nach § 119 Abs. 2 BGB und im Fall eines bösgläubigen Behandelnden auch nach § 123 Abs. 1 BGB anfechten. Die Rückabwicklung erfolgt dann über das Bereicherungsrecht.

Außerdem kann der Patient aufgrund der mit der rechtswidrigen Körperverletzung verbundenen Verletzung seines Selbstbestimmungsrechtes einen vertragli-

---

<sup>1443</sup> Laufs/Kern/Rehborn/Stollmann/Wollschläger, § 88 Rn. 10.

<sup>1444</sup> Siehe hierzu bereits unter § 9 I. 2. f.

chen Schadensersatzanspruch gegenüber dem Krankenhausträger geltend machen. Ein Schadensersatzanspruch besteht auch, wenn durch die Behandlung durch einen ungeeigneten Mediziner ein Schaden entstanden ist.

Schließlich bestehen auch Ansprüche aus § 831 BGB gegen den Krankenhausträger, wenn ihn hinsichtlich der fehlenden Eignung des Behandelnden und des daraus resultierenden Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden trifft. Gleiches gilt, wenn der Behandelnde den Heileingriff nicht *lege artis* durchführt.

Mit Blick auf die deliktischen Schadensersatzansprüche gegen den Behandelnden wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts und etwaiger Ansprüche aufgrund eines Behandlungsfehlers bestehen keine Besonderheiten.

## 2. Gespaltener Krankenhausvertrag

### a. *Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Belegarzt*

Im Falle des gespaltenen Krankenhausvertrages ist für das Verhältnis zwischen Belegarzt und Patienten auf die Ausführungen zur Privatbehandlung zu verweisen.<sup>1445</sup>

Ist der Behandelnde also bösgläubig, so folgt daraus die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages mit Wirkung für die Vergangenheit nach § 134 BGB. Ist der Behandelnde dagegen gutgläubig, tritt nur Nichtigkeit mit *Ex nunc*-Wirkung ein.

### b. *Vertragsverhältnis zwischen Patienten und Krankenhausträger*

Fraglich ist, welche Folgen sich für den Vertrag mit dem Krankenhausträger über die übrigen Krankenhausleistungen ergeben.

#### aa. Nichtigkeit nach § 139 BGB

In Betracht käme eine Anwendung des § 139 BGB. Ist der Behandelnde bösgläubig, könnte neben dem *ex tunc* nichtigen Behandlungsvertrag auch der Vertrag über die übrigen Krankenhausleistungen rückwirkend nichtig sein. Dagegen wäre der Vertrag über die übrigen Krankenhausleistungen im Fall eines gutgläubigen Behandelnden nur mit Wirkung für die Zukunft nichtig. Denn die Nichtigkeitsfolge des § 139 BGB kann nicht weiter gehen, als es der Sinn und Zweck des § 134 BGB zulässt.<sup>1446</sup>

Für die Anwendbarkeit des § 139 BGB ist erforderlich, dass die betreffenden Rechtsgeschäfte eine rechtliche Einheit bilden. Eine solche kann auch zwischen Rechtsgeschäften bestehen, die zwischen verschiedenen Personen geschlossen wurden.<sup>1447</sup> So wird § 139 BGB von der Rechtsprechung gerade auf die Vertrags-

<sup>1445</sup> Siehe hierzu unter §§ 7 und 8.

<sup>1446</sup> BeckOK BGB/Wendland, § 139 Rn. 6.

<sup>1447</sup> BGH, BeckRS 2011, 9199; NJW-RR 1988, 348 (351).

beziehungen zwischen Patienten und Arzt, sowie Patienten und Krankenhausträger angewendet.<sup>1448</sup>

*„Voraussetzung hierfür ist allerdings im allgemeinen, daß diese Vereinbarungen nach den Vorstellungen der Parteien miteinander ‚stehen und Fallen‘ sollen; der maßgebliche Verknüpfungswille ist dabei aufgrund der Erklärungen und der Interessenlage der Vertragsschließenden mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu ermitteln.“<sup>1449</sup>*

Die Parteien müssen sich hinsichtlich der Verknüpfung jedoch nicht ausdrücklich einigen, es genügt schon, wenn der Einheitlichkeitswille eines Vertragspartners bei Vertragsschluss erkennbar ist und der andere Teil sich nicht ausdrücklich gegen die Einheitlichkeit positioniert.<sup>1450</sup>

Einen Verknüpfungswillen wird man mit Blick auf die Erklärung des Krankenhausträgers kaum erkennen können. Dieser will den Fortbestand des Vertrages über die nichtärztlichen Leistungen nicht von dem Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patienten abhängig machen, §§ 133, 157 BGB. Eine solche Verbindung würde ihn mit den Unsicherheiten aus dem Arzt-Patienten-Verhältnis belasten, während sie für ihn keinerlei Vorteile hätte. Allerdings ist dieser Umstand für den Patienten kaum erkennbar, ohne dass der Krankenhausträger seinen mangelnden Verknüpfungswillen ausdrücklich äußert.

Der Patient dagegen schließt den Vertrag über die Versorgungsleistungen nur deshalb ab, weil sie für die Durchführung des Behandlungsvertrages unerlässlich sind. Dieser Zusammenhang liegt für den Krankenhausträger auf der Hand. Spricht er sich nicht ausdrücklich gegen die Verknüpfung der Verträge aus, ist daher aus Sicht des Patienten von einem Verknüpfungswillen des Krankenhausträgers auszugehen.

Für dieses Ergebnis spricht auch der objektive Sinn des Krankenhausaufnahmevertrages.<sup>1451</sup> Der Vertrag über die übrigen Krankenhausleistungen wäre ohne den Behandlungsvertrag sinnlos. Ersterer soll gerade die Grundlage für ein gelungene Heilbehandlung bilden.

Darüber hinaus werden die Verträge zumeist auch in engem zeitlichem Zusammenhang geschlossen, was nach Auffassung der Literatur ebenfalls für einen Verknüpfungswillen spricht.<sup>1452</sup>

Der Krankenhausaufnahmevertrag ist daher nach § 139 BGB ebenfalls *ex tunc* nichtig, wenn der Behandelnde bösgläubig war. War der Behandelnde gutgläubig, ist der Krankenhausaufnahmevertrag nur für die Zukunft unwirksam.

<sup>1448</sup> BGHZ 138, 91 (98).

<sup>1449</sup> BGHZ 138, 91 (98); zustimmend: Quaas/Zuck/Clemens/*Quaas*, § 14 Rn. 11.

<sup>1450</sup> BGH, NJW 1992, 3237 (3238).

<sup>1451</sup> Hierauf ergänzend abstellend: BeckOGK BGB/*Jakl*, § 139 Rn. 58; Staudinger/*Roth* (2015), § 139 Rn. 38. Dagegen stellt MüKo BGB/*Busche*, § 139 Rn. 15 sogar primär auf den objektiven Sinn ab.

<sup>1452</sup> BeckOGK BGB/*Jakl*, § 139 Rn. 62 stellt ebenfalls auf diesen Aspekt ab.

### bb. Rückabwicklung des Krankenhausaufnahmevertrages

Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, bleibt auch der Krankenhausaufnahmevertrag für die Vergangenheit wirksam, sodass eine Rückabwicklung der jeweiligen Leistungen an der mangelnden Rechtsgrundlosigkeit scheitert.

Im Falle eines bösgläubigen Behandelnden kann der Patient die an den Krankenhausträger gezahlte Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB herausverlangen, weil der Rechtsgrund nach § 139 BGB entfallen ist. Dem Krankenhausträger kommt ein Wertersatzanspruch für die geleistete Unterbringung und die sonstigen pflegerischen Leistungen zu, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Eine Zurechnung der Bösgläubigkeit erfolgt nicht, weil der Behandelnde nicht als Wissensvertreter des Klinikbetreibers tätig wird. § 817 S. 2 BGB ist mithin nicht anwendbar.

### 3. Auswirkungen auf die Vertragsverhältnisse bei ärztlichen Wahlleistungen

Im Falle eines Krankenhausvertrages mit Wahlleistungsvereinbarung kommen mit dem gespaltenen Krankenhausvertrag sowie dem totalen Krankenhausvertrag mit Arztzusatzvertrag zwei Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht.

#### a. Gespaltenen Krankenhausvertrag

Erfolgt die Vertragsgestaltung nach dem Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages, gilt das bereits oben<sup>1453</sup> zu diesem Vertragsmodell dargelegte: Die wahlärztliche Leistungsvereinbarung mit dem von der Rücknahme betroffenen Behandelnden verstößt gegen § 134 BGB iVm. § 2 BÄO und ist daher rückwirkend nichtig, wenn der Behandelnde hinsichtlich seiner fehlenden Eignung bösgläubig ist. Ist er dagegen gutgläubig, ist das Vertragsverhältnis lediglich für die Zukunft unwirksam.<sup>1454</sup>

Mit Blick auf den Vertrag über die nichtärztlichen Leistungen mit dem Krankenhausträger ist wiederum § 139 BGB anwendbar, wobei erneut danach zu differenzieren ist, ob der Behandelnde bezüglich des Rücknahmegrundes gut- oder bösgläubig war.<sup>1455</sup> Ist der Behandelnde bösgläubig, folgt daraus die *Ex tunc*-Nichtigkeit des Behandlungsvertrages, sodass auch der Krankenhausaufnahmevertrag nach § 139 BGB mit *Ex tunc*-Wirkung entfällt. Ist der Behandelnde gutgläubig, ist der Krankenhausaufnahmevertrag nach § 139 BGB dagegen nur *ex nunc* nichtig.

---

<sup>1453</sup> Siehe unter § 9 II. 2.

<sup>1454</sup> Siehe hierzu und zu den daraus resultierenden Folgeansprüchen bereits die ausführliche Darstellung in den §§ 7 und 8.

<sup>1455</sup> So schon unter § 9 II. 2. b. aa.

*b. Arztzusatzvertrag*

Nach dem Modell des totalen Krankenhausvertrage mit Arztzusatzvertrag bestehen zwei Abreden über die Behandlung durch den Wahlarzt; eine mit dem Krankenhaussträger und eine mit dem Wahlarzt selbst.

## aa. Rechtsbeziehung zwischen Patienten und Wahlarzt

Wird die Approbation des Behandelnden entzogen und war er hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig, ist die wahlärztliche Leistungsvereinbarung nach § 134 BGB unwirksam, wobei im Rahmen der Abwägung wiederum der Präventionsaspekt zu einem Überwiegen des Schutzes der Gesundheitsversorgung gegenüber der Privatautonomie des Behandelnden führt. War er gutgläubig, ist sie mit Wirkung für die Zukunft nichtig.<sup>1456</sup>

Ob der Patient die geleistete Vergütung von dem Wahlarzt nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen kann, hängt davon ab, ob er die Vergütung an den bösgläubigen Wahlarzt oder den Krankenhaussträger gezahlt hat. Der Kondiktionsanspruch scheidet in letzterem Fall nämlich, weil der Behandelnde keinen Bereicherungsgegenstand erlangt hat sowie, weil keine Leistung des Patienten an den Arzt vorliegt. Hatte der Behandelnde Kenntnis von dem Rücknahmegrund, hilft der Einwand der Entreicherung nach § 818 Abs. 3 BGB aufgrund der verschärften Haftung nicht weiter, §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB.

Ein Wertersatzanspruch des Behandelnden besteht schon deshalb nicht, weil keine Leistung an den Patienten vorliegt. Die Vornahme der Behandlung stellt sich aus Sicht des Empfängers als Leistung des Krankenhaussträgers dar. Der Zusatzvertrag dient nach dem Gesagten nämlich in erster Linie dazu, dem Patienten einen weiteren Haftungsschuldner an die Hand zu geben. Die Heilbehandlung bleibt aus Perspektive des Patienten aber trotzdem eine Leistung des Krankenhaussträgers. Selbst, wenn man eine Leistung des Wahlarztes bejahen würde, wäre die Kondiktion wegen dessen Bösgläubigkeit nach § 817 S. 2 BGB iVm. § 142 Abs. 2 BGB analog ausgeschlossen.<sup>1457</sup>

Außerdem bestehen im Falle eines bösgläubigen Wahlarztes quasivertragliche sowie deliktische Schadensersatzansprüche wegen der Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Patienten. War er gutgläubig, scheidet ein solcher Anspruch dagegen am mangelnden Vertretenmüssen.

Unterläuft dem Wahlarzt ein Behandlungsfehler (der schon in der Vornahme der Heilbehandlung ohne Eignung hierzu liegen kann) und zieht dieser einen kausalen Schaden nach sich, haftet der Wahlarzt auch diesbezüglich quasivertraglich und aus § 823 Abs. 1 BGB.

---

<sup>1456</sup> Siehe unter § 7 II. 4.

<sup>1457</sup> Hierzu bereits unter § 8 I. 2. c.

## bb. Rechtsbeziehung zwischen Krankenhausträger und Patienten

Der totale Krankenhausvertrag mit dem Klinikbetreiber ist dagegen nicht nach § 134 BGB rückwirkend unwirksam, weil die Behandlungsleistung nach dieser Abrede nicht zwangsläufig durch den Behandelnden erfolgen muss, dessen Approbation später zurückgenommen wird. Die Konkretisierung auf die Person des Wahlarztes erfolgt erst in der Wahlleistungsvereinbarung. § 134 BGB ist mithin nicht anwendbar.

Fraglich ist, ob sich im Falle eines bösgläubigen Wahlarztes die *Ex tunc*-Nichtigkeit der wahlärztlichen Leistungsvereinbarung nach § 139 BGB auch auf den totalen Krankenhausvertrag erstreckt. Diese Frage haben Rechtsprechung und Literatur bereits beantwortet: Nach herrschender Auffassung folgt aus der Nichtigkeit der Wahlleistungsvereinbarung zwischen Patient und Krankenhausträger zwar auch die Nichtigkeit der wahlärztlichen Leistungsvereinbarung zwischen Patienten und Wahlarzt, § 139 BGB.<sup>1458</sup> Auf den totalen Krankenhausbehandlungsvertrag zwischen Patienten und Krankenhausträger hat diese Unwirksamkeit jedoch keine Auswirkungen.<sup>1459</sup>

Dem ist zuzustimmen. Zur Anwendbarkeit des § 139 BGB müssten Krankenhausbehandlungsvertrag und wahlärztliche Leistungsvereinbarung eine rechtliche Einheit bilden, wobei es wiederum ausreicht, wenn der Einheitlichkeitswille einer Partei bei Vertragsschluss erkennbar ist und der Vertragspartner sich nicht ausdrücklich gegen die Einheitlichkeit positioniert.<sup>1460</sup>

Nach den Vorstellungen der Parteien sollen der totale Krankenhausvertrag und die wahlärztliche Leistungsvereinbarung aber nicht miteinander „*stehen und fallen*“<sup>1461</sup>. Der behandlungsbedürftige Patient wird regelmäßig auch eine Behandlung wollen, wenn sie nicht durch einen Chefarzt erfolgt und auch der Krankenhausträger macht mit der Bereitstellung einer einfachen Standardbehandlungsmöglichkeit klar, dass er nicht auf die Wahlleistungsvereinbarung besteht. Diese wird von den Vertragspartnern vielmehr als Zusatz begriffen, sodass es an einer inneren Verbundenheit zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Krankenhausaufnahmevertrag fehlt.

Die Unwirksamkeit der wahlärztlichen Leistungsvereinbarung im Falle eines bösgläubigen Behandelnden wirkt sich folglich nicht auf den Krankenhausbehandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger aus.

Der totale Krankenhausvertrag besteht mithin fort. Wenn die Behandlung durch den Behandelnden erfolgt, dessen Approbation später zurückgenommen wird, gelten die obigen Ausführungen entsprechend.<sup>1462</sup>

---

<sup>1458</sup> BGHZ 138, 91 (98); BGH, NJW 2002, 3772; ebenso Quaas/Zuck/Clemens/*Quaas*, § 14 Rn. 11.

<sup>1459</sup> BGHZ 138, 91 (99); BGH, NJW 2002, 3772; OLG München, 7.8.2008 – 1 U 4979/07 – Rn. 52, juris.

<sup>1460</sup> BGH, NJW 1992, 3237 (3238).

<sup>1461</sup> BGHZ 138, 91 (99).

<sup>1462</sup> Siehe hierzu bereits unter § 9 I. 2. f.

### III. Zusammenfassung

Zur Darstellung der Auswirkungen einer Approbationsrücknahme auf die Rechtsbeziehungen im Rahmen der Behandlung im Krankenhaus ist zwischen den verschiedenen Vertragspartnern zu differenzieren:

#### 1. Rechtsverhältnis Patient – Behandelnder

Für die Rechtsverhältnisse zwischen Patienten und behandelndem Arzt gelten im Wesentlichen die Grundsätze, die für die Behandlung außerhalb einer Klinik erarbeitet wurden. Betreibt der von der Rücknahme betroffene Behandelnde eine Krankenhausambulanz, arbeitet er als Belegarzt nach dem Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages oder wird er von dem Patienten nach dem Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages als Wahlarzt „hinzugebucht“, konnte jeweils auf die Ausführungen zu den §§ 7 und 8 verwiesen werden.

Eine Besonderheit gilt nur für die wahlärztliche Leistungsvereinbarung nach dem Modell des Arztzusatzvertrages. Diese ist zwar ebenfalls nach § 134 BGB rückwirkend unwirksam, wenn der Behandelnde bösgläubig war. Der Patient hat aber nur dann einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung gegen den bösgläubigen Wahlarzt, wenn letzterer die Vergütung erhalten hat. In diesem Fall haftet der Behandelnde bei Kenntnis von dem Rücknahmegrund verschärft nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB. Ein Wertersatzanspruch des Behandelnden besteht demgegenüber nicht, § 817 S. 2 BGB.

#### 2. Rechtsverhältnis Patient – Krankenhausträger

Für die Auswirkungen auf das Rechtsverhältnis zwischen Patienten und Krankenhausträger ist entscheidend, ob die vertragliche Abrede eine Konkretisierung der Person des Behandelnden auf denjenigen enthält, dessen Approbation später zurückgenommen wird:

Dabei ist zunächst der Fall zu betrachten, in dem der Krankenhausträger mit dem Patienten explizit vereinbart hat, dass der Heileingriff durch den Behandelnden erfolgen soll, dessen Approbation später zurückgenommen wird. Wird die Krankenhausambulanz von dem Klinikträger betrieben und ist die Behandlungsleistung explizit auf den Behandelnden konkretisiert, dessen Approbation zurückgenommen wird, ist der Behandlungsvertrag gemäß § 134 Hs. 2 BGB *ex nunc* nichtig. Eine Rückwirkung kommt nicht in Betracht, damit kein Präventionseffekt eintreten würde, sodass eine Nichtigkeit *ex tunc* unverhältnismäßig wäre. Der Behandlungsvertrag bleibt für die Vergangenheit als Rechtsgrund bestehen, sodass keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche bestehen. Der Krankenhausträger haftet für die durch die rechtswidrige Heilbehandlung erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung, wenn der Behandelnde bösgläubig war. Ferner besteht ein vertraglicher Schadensersatzanspruch, wenn die Behandlung nicht *lege artis* vorgenommen wurde und dem Patienten hierdurch ein Schaden entstanden ist.



Außerdem haftet der Krankenhausträger nach § 831 BGB für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, wenn ihn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden hinsichtlich der fehlenden Geeignetheit des Behandelnden trifft. Ebenso besteht ein solcher Anspruch unter den gleichen Voraussetzungen, wenn der Behandelnde den Eingriff nicht *lege artis* vornimmt.

Der Behandelnde selbst haftet ebenfalls deliktisch für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, sowie eine Behandlung entgegen der ärztlichen Kunst, wenn daraus ein kausaler Schaden entstanden ist.

Etwas anderes gilt, wenn der Klinikträger sich nicht zu einer Leistung durch denjenigen Behandelnden verpflichtet, der von der Rücknahme betroffen ist. Ist der Vertrag über die ambulante Behandlung nicht auf den betroffenen Behandelnden konkretisiert, liegt ein totaler Krankenhausvertrag oder ein totaler Krankenhausvertrag im Rahmen einer ärztlichen Wahlleistung vor, ist § 134 BGB tatbestandlich nicht anwendbar. Der Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger bleibt also wirksam.

Wird die Behandlungsleistung durch den von der Rücknahme betroffenen Behandelnden erbracht, hat der Patient einen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung aus § 326 Abs. 4 BGB. Außerdem kann der Patient den Vertrag anfechten und die gezahlte Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen. Kannte der Klinikträger den Rücknahmegrund, haftet er nach §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB verschärft, sodass ihm der Einwand der Entreicherung nicht weiterhilft. War der Klinikträger hinsichtlich des Rücknahmegrundes dagegen gutgläubig, hat er einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz für die Behandlungsleistung. Ferner kann der Patient vom Behandlungsvertrag zurücktreten, § 326 Abs. 5 BGB, sodass die getätigten Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB rückabgewickelt werden.

Daneben kommt dem Patienten ein vertraglicher (im Falle der Anfechtung vertragsähnlicher) Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechtes gegen den Krankenhausträger zu. Tritt in Folge der Behandlung durch den ungeeigneten Behandelnden ein weiterer Schaden ein, ergibt sich diesbezüglich ebenfalls ein vertraglicher (beziehungsweise im Fall der Anfechtung vertragsähnlicher) Schadensersatzanspruch gegen den Krankenhausträger.

Der Patient hat schließlich einen deliktischen Anspruch gegen den Behandelnden wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes und gegebenenfalls wegen eines Behandlungsfehlers.

Schließen Krankenhausträger und Patient keinen Behandlungsvertrag, sondern nur einen Krankenhausaufnahmevertrag über Unterbringung, Verpflegung *et cetera*, hat die Unwirksamkeit des dazugehörigen Behandlungsvertrages mit dem Behandelnden zur Folge, dass sich die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nach § 139 BGB auch auf den Krankenhausaufnahmevertrag auswirkt. War der Belegarzt, beziehungsweise im Modell des gespaltenen Krankenhausvertrages der Wahlarzt also bösgläubig, ist neben dem Behandlungsvertrag auch der Krankenhausauf-

nahmevertrag rückwirkend nichtig, während im Falle des gutgläubigen Behandelnden nur *Ex nunc*-Nichtigkeit eintritt.

Im Falle eines bösgläubigen Behandelnden kann der Patient die an den Krankenhausträger gezahlte Vergütung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB herausverlangen, weil der Rechtsgrund nach § 139 BGB entfallen ist. Der Krankenhausträger hat einen Wertersatzanspruch, §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB. Eine Zurechnung der Bösgläubigkeit erfolgt nicht, weil der Behandelnde nicht als Wissensvertreter des Klinikbetreibers tätig wird.

## **§ 10 Auswirkungen der Rücknahme auf die Rechtsbeziehungen zwischen Behandelndem und Krankenhausträger**

Schließlich sind die Auswirkungen einer Approbationsrücknahme auf das Rechtsverhältnis zwischen Klinikbetreiber und dem von der Rücknahme betroffenen Arzt zu untersuchen. In den meisten Fällen ist diese Beziehung arbeitsrechtlich geprägt. Allein im Falle eines Belegkrankenhauses ist der Belegarzt nicht bei dem Klinikbetreiber angestellt; hier besteht ein Belegarztvertrag.

### **I. Arbeitsverträge zwischen Krankenhausträger und nachgeordneten Ärzten sowie Chefärzten ohne Liquidationsrecht**

Zunächst ist der Fall eines gewöhnlichen Arbeitsvertrages zwischen Klinikträger und Behandelndem zu betrachten. Dieser könnte wegen eines Verstoßes gegen § 2 BÄO ebenfalls nach § 134 BGB nichtig sein.

Mit Abschluss des Arbeitsvertrages hat sich der Behandelnde gegenüber dem Krankenhausträger zur Vornahme der medizinischen Behandlung verpflichtet. Der bezweckte Leistungserfolg bestand folglich in der Ausübung der Heilkunde für den Klinikträger unter der Berufsbezeichnung „Arzt“. § 2 Abs. 1, Abs. 5 BÄO

verbietet die Ausübung des ärztlichen Berufes ohne Approbation. Da der Arzt auf Grund der *Ex tunc*-Wirkung zu behandeln ist als hätte nie eine Approbation vorgelegen, war der vertragliche Leistungserfolg auf eine verbotene Tätigkeit gerichtet.

Etwas anderes würde aber gelten, wenn die Parteien explizit eine legale Leistungspflicht vereinbart hätten. Dies erscheint im Verhältnis zwischen Krankenhausträger und Behandelndem naheliegender als im Verhältnis zwischen Arzt und Patienten.<sup>1463</sup> Denn anders als der Patient wird sich ein künftiger Arbeitgeber die Approbationsurkunde zeigen lassen und der Frage nach der Approbation damit eine gewisse Relevanz geben.<sup>1464</sup> In diesem Falle hätten die Parteien explizit vereinbart, dass der Behandelnde eine medizinische Versorgung unter Vorliegen der Approbation schuldet. Diese Leistungspflicht könnte der Behandelnde nicht erbringen. Da er die Leistungserbringung höchstpersönlich schuldet, kann er die Pflicht auch nicht delegieren. Die Folge wäre die Annahme anfänglicher Unmöglichkeit.

Gegen diese Lesart hat sich das Bundesarbeitsgericht explizit ausgesprochen. Das Verbot des § 2 BÄO könne zuverlässig nur durch Vernichtung der beiderseitigen Erfüllungsansprüche durchgesetzt werden, anfängliches Unvermögen sei nicht anzunehmen, „denn dann würde die unerlaubte und inhaltlich zu missbilligende Tätigkeit doch vertraglich geschützt“.<sup>1465</sup>

Dem ist insbesondere unter dem Aspekt zuzustimmen, dass mit der Nichtigkeit nach § 134 BGB im Falle eines bösgläubigen Behandelnden ein Anspruch des Krankenhausträgers auf Herausgabe des Entgelts einhergeht, während ein Wertersatzanspruch des Behandelnden an § 817 S. 2 BGB scheitern würde. Eine solche feine Differenzierung nach Wertungsgesichtspunkten und unter Berücksichtigung des Aspektes der Prävention ist im Unmöglichkeitsrecht nicht vorgesehen, sodass mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung die gerechteren Ergebnisse erzielt werden können.<sup>1466</sup>

Darüber hinaus führt die Relevanz der Approbation nach meinem Erachten auch in Bezug auf den Arbeitsvertrag nicht zu einer Leistungspflicht „Ausübung der Heilkunde mit Approbation“. Ansonsten müssten auch andere Einstellungs voraussetzungen, wie die Frage der Schwangerschaft oder der Schwerbehinderteneigenschaft, auf diese Weise Einzug in die vereinbarten Leistungspflichten halten.<sup>1467</sup> Denn ebenso wie der Krankenhausträger von einem Bewerber die Vorlage einer Approbationsurkunde verlangt, stellen Arbeitgeber in Bewerbungsge-

<sup>1463</sup> Siehe zu der Problematik schon unter § 7 II. 2. a.

<sup>1464</sup> Vgl. SG Aachen, BeckRS 2018, 1247 wo das Vorliegen der Approbation durch den Klinikträger überprüft wurde.

<sup>1465</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>1466</sup> Siehe *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S. 154 f., wonach die erbrachten Leistungen nicht rückabgewickelt werden, sondern der gültige Vertrag die Grundlage für das Behaltendürfen der Leistung darstellt.

<sup>1467</sup> Siehe hierzu Schaub/*Linck*, ArbeitsR-Handbuch, § 34 Rn. 36 mwN.

sprächen häufig die Frage nach einer bestehenden oder geplanten Schwangerschaft oder nach der Schwerbehinderteneigenschaft des Bewerbers. Würde man daraus nun den Schluss ziehen, vereinbart sei die „Tätigkeit ohne bestehende Schwangerschaft“ beziehungsweise die „Tätigkeit ohne bestehende Schwerbehinderteneigenschaft“ und wäre der Arbeitnehmer schwanger oder schwerbehindert, läge ebenfalls ein Fall des § 275 Abs. 1 BGB vor. Tatsächlich wird die anfängliche Unmöglichkeit in diesen Fällen aber nicht thematisiert, vielmehr erfolgt die Lösung für gemeinhin über die §§ 119 ff. BGB. Von einer anfänglichen Unmöglichkeit der jeweiligen Leistungspflicht ist daher nicht auszugehen. Ähnlich wie die Approbation sind auch die Schwerbehinderteneigenschaft oder die Schwangerschaft von erheblicher Bedeutung für den Arbeitnehmer. Trotzdem wird ihr Nichtvorliegen nicht zu einer Leistungspflicht erhoben. Gleiches sollte auch für die Frage der Approbation gelten.

§ 134 BGB ist mithin auch auf den Arbeitsvertrag zwischen Krankenhausträger und Behandelndem anzuwenden. Für die richtige Rechtsfolge ist wiederum auf die Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Behandelnden von dem Rücknahmegrund abzustellen. War der Behandelnde bösgläubig, ist der Behandlungsvertrag mit Wirkung für die Vergangenheit nichtig. War er gutgläubig, tritt lediglich *Ex nunc*-Nichtigkeit ein. Hintergrund dieser Unterteilung ist wiederum der Präventionseffekt, der nur im Falle des bösgläubigen Behandelnden eintreten kann, sodass die Totalnichtigkeit im Fall des gutgläubigen Behandelnden nicht geeignet wäre, das Ziel des Schutzes des Patienten und der Allgemeinheit zu erfüllen.

1. Kondiktionsanspruch des Klinikträgers gegen den bösgläubigen Behandelnden auf Rückzahlung des Honorars nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Grundsätzlich besteht ein Anspruch des Klinikträgers auf Rückzahlung des Honorars nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, wenn der Behandelnde bösgläubig war und die Leistung daher ohne Rechtsgrund erfolgte.

Allerdings ist hierbei § 817 S. 2 BGB zu beachten. Danach kann der Leistende das Erlangte nicht zurückfordern, wenn er ebenfalls gegen das Verbotsgesetz verstoßen hat. Nach Auffassung der Rechtsprechung richtet sich das Verbot des § 2 BÄO nicht nur gegen den Behandelnden, sondern auch gegen seinen Arbeitgeber.<sup>1468</sup> Ein Verstoß durch den Klinikträger wäre demnach zwar möglich, jedoch erfordert § 817 S. 2 BGB wie gesehen ein subjektives Moment. Dem Arbeitgeber müsste bewusst gewesen sein, dass er gegen ein Verbotsgesetz verstößt. Dieses Bewusstsein liegt nur im Falle der Kenntnis des Rücknahmegrundes vor.<sup>1469</sup> Das Fehlverhalten des Behandelnden dürfte den Organen des Krankenhausträgers aber unbekannt sein, ansonsten wäre er erst gar nicht eingestellt worden. Ein

<sup>1468</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410).

<sup>1469</sup> Zur Frage der Kenntnis einer juristischen Person siehe schon unter § 9 I. 2. a. bb.

Rückforderungsanspruch des Klinikträgers scheitert mithin in aller Regel nicht an § 817 S. 2 BGB.

### *a. Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis*

Fraglich ist allerdings, ob dem Rückforderungsanspruch des Klinikträgers die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis<sup>1470</sup> entgegensteht. Diese wird in Fällen angeführt, in denen ein Arbeitsvertrag – beispielsweise durch Anfechtung – *ex tunc* nichtig ist. Das Arbeitsverhältnis wird entgegen dieser Rechtsfolge für die Vergangenheit als wirksam behandelt.<sup>1471</sup> Die ausgetauschten Leistungen sind dann nicht über das Bereicherungsrecht rückabzuwickeln, weil für sie ein Rechtsgrund besteht.<sup>1472</sup>

#### aa. Hintergrund

Zur Begründung werden meist die bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsschwierigkeiten herangezogen.<sup>1473</sup> Anders als bei einfachen Austauschverträgen entstehen im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen eine Vielzahl von Pflichten, Leistungen und Rechtspositionen, die nicht einfach rückwirkend ausgelöscht werden können. So sei die Arbeitsleistung als solche nicht rückgewährbar, da sie als Vermögenswert „in das Vermögen des Arbeitgebers unwiderruflich inkorporiert“ seien.<sup>1474</sup> Es komme immer nur Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB in Betracht.<sup>1475</sup> Dessen Berechnung falle aber schwer, weil im Arbeitsverhältnis regelmäßig auch Leistungen erbracht werden, die in Geld nicht zu bemessen sind.<sup>1476</sup> Ferner sei auch die Anwendung von § 818 Abs. 3 BGB problematisch, weil die Entreicherung des Arbeitgebers nur schwer festzustellen sei.<sup>1477</sup> Auch führe das Bereicherungsrecht bei der Rückabwicklung von Arbeitsverhältnissen nicht in jedem Fall zu einem angemessenen Interessenausgleich.<sup>1478</sup>

Dieser Begründungsaspekt ist allerdings nur von untergeordneter Bedeutung. Zu diesem Schluss muss kommen, wer die Fälle betrachtet, in denen die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis trotz der angeblichen Rückabwicklungsschwie-

<sup>1470</sup> Der Begriff des faktischen Arbeitsvertrags ist abzulehnen. Er impliziert, dass es sich um ein Rechtsverhältnis handelt, welches entgegen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre unabhängig vom Willen der Beteiligten entstehen könnte. Siehe *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 75 f.; *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 475.

<sup>1471</sup> BAGE 5, 58 (66); BAGE 8, 47 (50); *Joussen*, NZA 2006, S. 963.

<sup>1472</sup> BAGE 50, 370 (374); a.A.: *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 487 ff., der zwischen unwirksamen Grundverhältnis und wirksamen Erfüllungsverhältnis differenziert und die Rückabwicklung letztlich über das Bereicherungsrecht vornimmt.

<sup>1473</sup> *Beuthien*, RdA 1969, S. 161; *Walker*, JA 1985, S. 138 (148); *Schaub/Linck*, ArbeitsR-Handbuch, § 34 Rn. 49; *Flume*, BGB AT II, S. 101.

<sup>1474</sup> *Picker*, ZfA 1981, S. 1 (53); *Staudinger/Richardi/Fischinger* (2016) § 611 Rn. 700.

<sup>1475</sup> BGHZ 41, 282 (288); ebenso *Hueck/Nipperdey*, ArbeitsR I, S. 184.

<sup>1476</sup> BGHZ 41, 282 (288).

<sup>1477</sup> *Hromadka/Maschmann*, ArbeitsR I, § 5 Rn 143.

<sup>1478</sup> *Hueck/Nipperdey*, ArbeitsR I, S. 184.

rigkeiten nicht angewendet wird. So bestehen diese Schwierigkeiten im Falle einer arglistigen Täuschung durch den Arbeitnehmer ebenfalls; trotzdem geht die herrschende Meinung in solchen Fällen von der *Ex tunc*-Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes aus und wendet Bereicherungsrecht an.<sup>1479</sup> Die Rückabwicklungsschwierigkeiten können mithin überwunden werden.<sup>1480</sup>

Tatsächlich liegt der Hintergrund der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag nicht in der Rückabwicklungsproblematik. Tragende Säule dieser Rechtsfigur ist vielmehr auch hier der Gedanke des Vertrauensschutzes: Die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung beinhaltet für den Arbeitnehmer eine besondere Härte. Die Vergütung aus dem Arbeitsvertrag wird regelmäßig seine einzige Erwerbsgrundlage darstellen. Deren rückwirkender Verlust würde ihn auf einen Schlag weitgehend mittellos stellen. Wegen der daraus resultierenden besonderen Bedeutung dieses Rechtsverhältnisses für den Arbeitnehmer soll sein Vertrauen auf das Behaltendürfen der Vergütung geschützt werden.<sup>1481</sup> Der Arbeitnehmer soll davon ausgehen dürfen, dass ihn keine Rückzahlungspflicht trifft. Alles andere würde einen untragbaren Schwebestand für den Betroffenen bedeuten, der mit Blick auf die Rechtssicherheit nicht zu rechtfertigen wäre.<sup>1482</sup>

#### bb. Dogmatik

Dogmatisch stelle die Rechtsfigur eine teleologische Reduktion der Nichtigkeitsfolge der jeweiligen, die Unwirksamkeit begründenden Norm dar.<sup>1483</sup> Der Bundesgerichtshof greift wohl auf den Grundsatz von Treu und Glauben zurück.<sup>1484</sup>

Richtigerweise ist dagegen zumindest in den Fällen des Verstoßes gegen gesetzliche Verbote eine teleologische Reduktion gar nicht erforderlich. Vielmehr ist die Rechtsfolge der *Ex tunc*-Nichtigkeit schon vom Normzweckvorbehalt des § 134 BGB gedeckt.<sup>1485</sup> Aus dem Gesetz ergibt sich etwas anderes als die grundsätzliche Totalnichtigkeit. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag fällt auch unter den Gesetzesbegriff der Norm. Denn wie aufgezeigt, erfasst der Normzweckvorbehalt nicht nur das jeweilige Verbotsgesetz, sondern alle Regelungen, die den betreffenden Rechtsbereich normieren.<sup>1486</sup> Darunter fallen auch Rechtsfiguren, die nicht in formellen Gesetzen geregelt sind, sondern dem Richterrecht entspringen.

---

<sup>1479</sup> So stehen viele Autoren der Begründung mit der erschwerten Rückabwicklung kritisch gegenüber, siehe: *Brox*, Anm. *BAG*, AP Nr. 24 zu § 123 BGB; MüKo BGB/*Müller-Glöge* (7. Auflage) § 611 Rn. 635, der die Schwierigkeiten für überwindbar hält.

<sup>1480</sup> *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S. 483 f.

<sup>1481</sup> BGHZ 41, 282 (289); ebenso *Brox*, Anm. *BAG*, AP Nr. 24 zu § 123 BGB; *Hönn*, ZfA 1987, S. 61 (65); MüKo BGB/*Spinner*, § 611a Rn. 557; *Joussen*, NZA 2006, S. 963 (965).

<sup>1482</sup> *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, 1966, S. 78.

<sup>1483</sup> *Walker*, JA 1985, S. 138 (149); *Joussen*, NZA 2006, S. 963 (964); *Staudinger/Richardi/Fischinger* (2017), § 611 Rn. 644.

<sup>1484</sup> BGHZ 53, 152 (158).

<sup>1485</sup> *Staudinger/Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 102; ebenso MüKo BGB/*Armbrüster*, § 134 Rn. 120.

<sup>1486</sup> Siehe schon unter § 7 I. 2. b.

Folglich unterscheiden sich die normativen Anknüpfungspunkte der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag jeweils danach, aus welcher Vorschrift die Nichtigkeit entspringt. So enthält beispielsweise § 142 Abs. 1 BGB keinen Normzweckvorbehalt, die Rechtsfolge der Anfechtung ist nach der gesetzlichen Regelung in jedem Fall die *Ex tunc*-Nichtigkeit. Gleiches gilt für § 138 BGB, auch wenn Teile der Literatur in diese Vorschrift einen entsprechenden Normzweckvorbehalt hineinlesen wollen.<sup>1487</sup>

### cc. Einschränkungen

Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis wird nicht schrankenlos angewandt. Vielmehr darf der zur Nichtigkeit führende Mangel nicht so erheblich sein, dass er im Widerspruch zu grundlegenden Regelungen der Rechtsordnung steht.<sup>1488</sup> Ein erheblicher Mangel ist zu bejahen, wenn die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf einem vorsätzlichen Verstoß gegen allgemeine, für jedermann gültige Strafgesetze beruht.<sup>1489</sup> Die geschuldete Tätigkeit darf nicht in schwerwiegender Weise gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen. Fraglich ist daher, ob diese Voraussetzung bei einem Verstoß gegen § 2 BÄO erfüllt ist.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag abgelehnt, wenn der Vertrag zwischen Behandelndem und Krankenhausträger gegen § 2 BÄO verstößt. Mit der strafbaren Durchführung des Arbeitsvertrages könne keine Heilung für die Vergangenheit eintreten, da die Arbeitsleistung schon nach ihrer Art rechts- und gesetzeswidrig sei und eine Schutzwürdigkeit unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nicht bestehe. Die Aspekte der General- und Spezialprävention schlossen es aus, vertragliche Ansprüche für die Vergangenheit anzuerkennen.<sup>1490</sup>

Diese Ausführungen ließen durchaus Raum für eine Interpretation, nach der im Falle schutzwürdigen Vertrauens auch gegenteilig entschieden werden könnte. Im entschiedenen Fall kam Vertrauensschutz schon deshalb nicht in Betracht, weil der Behandelnde seine Approbationsurkunde gefälscht hatte und also nicht schutzwürdig war. Durch die Hervorhebung der Kenntnis des Behandelnden von der Strafbarkeit seines Tuns, ließ sich *e contrario* eine Anwendbarkeit des Rechtsinstituts bei fehlender Kenntnis ableiten. Eine Anwendung der Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis in Fällen, in denen der Behandelnde keine Kenntnis von den Rücknahmegründen hatte und somit schutzwürdig auf die Kondiktionsfestigkeit der erlangten Vergütung vertrauen durfte, erscheint danach möglich.<sup>1491</sup>

<sup>1487</sup> So Staudinger/Sack/Fischinger (2017), § 138 Rn. 159.

<sup>1488</sup> BAGE 28, 83 (92); ebenso MüKo BGB/Müller-Glöge, § 611 Rn. 638; Staudinger/Richardi/Fischinger (2017), § 611 Rn. 694; Hromadka/Maschmann, ArbeitsR I, § 5 Rn. 147.

<sup>1489</sup> BAGE, 14, 180 (187); Münchener Handbuch Arbeitsrecht/Benecke, Bd. 1, § 38 Rn. 59.

<sup>1490</sup> BAG, NZA 2005, 1409 (1410); zustimmend Schaub/Linck, ArbeitsR-Handbuch, § 34 Rn. 52.

<sup>1491</sup> Ebenso Jousen, NZA 2006, S. 963 passim.



Einer solchen Interpretation schob das Bundesarbeitsgericht allerdings vier Jahre später den Riegel vor:

*„Ausnahmen [von der Nichtigkeit ex tunc, Anm. des Verf.] bestehen jedoch im Falle eines besonders schweren Mangels, wenn gewichtige Interessen der Allgemeinheit entgegenstehen. Dies ist der Fall, wenn das Rechtsgeschäft, mit dem das Dauerschuldverhältnis begründet wird, wegen § 134 BGB nichtig ist.“*<sup>1492</sup>

Vertrauensschutz trotz Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz erscheint vor dem Hintergrund dieser Formulierung ausgeschlossen. Die Verbotswidrigkeit allein genügt zur Begründung der *Ex tunc*-Nichtigkeit.

Auch die Literatur schlägt einen strengen Kurs ein. So komme die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht in Betracht

*„wenn das Verbot sich gegen das Bestehen des Arbeitsverhältnisses als solches richtet, etwa weil es auf eine strafrechtlich verbotene Tätigkeit gerichtet ist oder weil die Tätigkeit gegen ein den überragenden Schutzinteressen der Bevölkerung dienendes Verbotsgesetz verstößt“* [Hervorhebung durch Verfasser]. *In diesem Falle ist der Arbeitnehmer nicht schutzwürdig.*<sup>1493</sup>

Daraus geht hervor, dass auch im Falle der Unkenntnis von der Verbotsgesetzswidrigkeit des Arbeitsvertrages die Grundsätze vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis nicht anwendbar sein können, weil die Arbeitsleistung strafrechtlich verboten ist oder gegen ein den überragenden Schutzinteressen der Bevölkerung dienendes Verbotsgesetz verstößt.

Allerdings wird aus den vorstehenden Ausführungen von Literatur und Rechtsprechung nicht klar, warum ein Verbotsverstoß allein schon die Schutzwürdigkeit des Betroffenen entfallen lässt. Hierzu hat man sich zu vergegenwärtigen, dass die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis dogmatisch an den Normzweckvorbehalt des § 134 Hs. 2 BGB anknüpft. Nach hier vertretener Auffassung ergibt sich die Rechtsfolge des § 134 BGB aus einer Abwägung.<sup>1494</sup> Der Wegfall der Schutzwürdigkeit im Fall eines Verbotsverstoßes erklärt sich dann daraus, dass bei einer Gegenüberstellung der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers mit dem Schutzzweck der Verbotsnorm letzteren überwiegt.

So sprechen *Sack/Seibl* von „*überragenden Schutzinteressen*“. Zu deren Ermittlung muss aber eine Abwägung mit anderen Interessen erfolgen, die „*überragt*“ werden. Eine Abwägung impliziert auch *Wiedemann*, nach dem die Anwendbarkeit der Lehre bei arglistiger Täuschung ausscheide, weil das Interesse der Lauterkeit der Vertragsverhandlungen höher zu bewerten sei als das Schutzbedürfnis des Arbeitnehmers, da dieser den Vertrauensschutz durch sein Verhalten verwirkt habe.<sup>1495</sup>

<sup>1492</sup> BAG, NZA 2009, 663 (665).

<sup>1493</sup> Staudinger/*Sack/Seibl* (2017), § 134 Rn. 127.

<sup>1494</sup> Siehe hierzu schon unter § 7 I. 2. f. ff.

<sup>1495</sup> *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 79; ebenso *Schaub/Linck*, ArbeitsR-Handbuch, § 34 Rn. 52 [„*angemessene Rechtsfolge*“]

Mithilfe einer Abwägung ist daher auch die Frage zu beantworten, ob im Falle eines Verstoßes gegen § 2 BÄO ein „fehlerhaftes Arbeitsverhältnis“ entsteht. Diese Rechtsfolge kann nach dem Gesagten nur eintreten, wenn die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers den Schutzzweck des Verbotsgesetzes überwiegt.

Dazu müsste die mit der „Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag“ verbundene Nichtigkeit *ex nunc* im Vergleich zur Nichtigkeit *ex tunc* ein milderer Mittel bei gleicher Eignung darstellen, um den Zweck des Verbotsgesetzes zu erfüllen. Dieser Zweck liegt wie gesehen im Schutz der Gesundheitsversorgung des Einzelnen und der Allgemeinheit, genauer der Gesundheit des einzelnen Patienten sowie der Allgemeinheit. Diese Rechtsgüter fallen in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 GG.

Mit Blick auf die Erforderlichkeit erscheint die Totalnichtigkeit mit der Folge des Verlusts vertraglicher Ansprüche und den Rückzahlungsansprüchen des Klinikbetreibers aus präventiver Sicht geeigneter als die Nichtigkeit *ex nunc*. Während die Nichtigkeit *ex nunc* überhaupt keine abschreckende Wirkung hat, ist die *Ex tunc*-Nichtigkeit mit der Folge der vertraglichen Rückabwicklung insbesondere auch in Verbindung mit § 817 S. 2 BGB in der Lage, eine präventive Wirkung zu erzielen.

Das gilt jedoch nur, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig ist! Die *Ex nunc*-Wirkung stellt in diesem Fall kein gleich geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels dar. War der Behandelnde dagegen gutgläubig, ist der Nichtigkeit nur Wirkung für die Zukunft beizumessen.<sup>1496</sup>

Fraglich ist jedoch, ob die *Ex tunc*-Nichtigkeit im Fall des bösgläubigen Behandelnden auch angemessen ist. Dazu ist eine Abwägung zwischen den Schutzgütern der Verbotsnorm und den Interessen des Behandelnden vorzunehmen. Dem Schutz der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung aus Art. 2 Abs. 2 GG steht daher zum einen die Privatautonomie des Behandelnden aus Art. 2 Abs. 1 GG gegenüber, wobei ersterer bei einer abstrakten Betrachtung der Vorzug zu gewähren ist. Dafür spricht schon der offenere Schrankenvorbehalt in Art. 2 Abs. 1 GG. Unter dem Begriff der verfassungsgemäßen Ordnung versteht die Rechtsprechung alle formellen und materiellen Gesetze, die mit der Verfassung im Einklang stehen.<sup>1497</sup> Demgegenüber kann in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nur auf Grund eines formellen Gesetzes eingegriffen werden.

Bei einer konkreten Abwägung spricht die hohe Gefahr für das Rechtsgut der Gesundheitsversorgung des einzelnen Patienten und der Bevölkerung für ein Überwiegen des Schutzzwecks der Verbotsnorm. Im sensiblen Bereich medizinischer Eingriffe in den menschlichen Körper kann die mangelnde Eignung des Behandelnden zu verheerenden Schäden führen.

---

<sup>1496</sup> Siehe hierzu schon die Ausführungen unter § 7 II. 4. d.

<sup>1497</sup> BeckOK GG/Lang, Art. 2 Rn. 24.

## dd. Zwischenergebnis

Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsverhältnis und damit die *Ex nunc*-Nichtigkeit ist im Falle eines Verstoßes des Arbeitsvertrages gegen § 2 BÄO anwendbar, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig war. Das Arbeitsverhältnis besteht dann für die Vergangenheit fort, sodass ein Rechtsgrund für das gezahlte Honorar besteht und eine Rückabwicklung ausscheidet.

Im Falle der Bösgläubigkeit ist der Arbeitsvertrag dagegen mit Wirkung für die Vergangenheit nichtig.

## b. Wertungsmäßiges Ungleichgewicht

Gegen den Rückzahlungsanspruch des Krankenhausträgers spricht auch nicht, dass er dann einerseits das Honorar des Behandelnden zurückverlangen und andererseits die von dem Patienten gezahlte Vergütung behalten könnte.

Wie gesehen, kommen dem Patienten auch gegenüber dem Krankenhausträger Rückforderungsansprüche zu. Zwar ist die Behandlungsleistung in der Regel nicht auf einen Mediziner konkretisiert. Vielmehr wird sich der Krankenhausträger offenhalten, welchen Arzt er zur Behandlung einsetzt. In diesem Fall verstößt der Behandlungsvertrag nicht gegen § 134 BGB und bleibt mithin wirksam. Ein Rückerstattungsanspruch des Patienten für die geleistete Vergütung besteht dann aber nach § 326 Abs. 4 BGB sowie gegebenenfalls nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB, wenn der Patient den Behandlungsvertrag anfight.<sup>1498</sup> In den meisten Fällen ergibt sich aus dem Eingriff durch einen ungeeigneten Behandelnden mithin kein Vorteil für den Krankenhausträger.

Kann der Krankenhausträger tatsächlich einmal das Honorar des Behandelnden zurückfordern und die Vergütung des Patienten behalten, so ist dieses Ungleichgewicht vor dem Hintergrund der präventiven Wirkung des Rückforderungsanspruchs gegenüber dem Behandelnden hinzunehmen. Dabei ist auch zu beachten, dass der Krankenhausträger in diesen Fällen hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig ist, weil der Behandlungsvertrag mit dem Patienten ansonsten nach § 134 BGB *ex tunc* nichtig wäre, sodass der Patient die gezahlte Vergütung zurückfordern könnte. Einem gutgläubigen Krankenhausträger ist der Vorteil zumindest eher zuzugestehen als einem bösgläubigen.

Schließlich ist dem Einwand der Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse entgegenzuhalten. Für sich genommen sind die Ergebnisse in den Verhältnissen Krankenhausträger – Patient und Krankenhausträger – angestellter Arzt gerecht.

Letztlich verbleibt der Rechtsprechung in einem solchen außergewöhnlichen Fall allerdings immer auch die Möglichkeit, einen der beiden Ansprüche nach Treu und Glauben abzulehnen, um ein wertungsgerechtes Ergebnis zu erzielen, § 242 BGB.

---

<sup>1498</sup> Siehe zum Ganzen schon unter § 9 I. 2. f.

*c. Zwischenergebnis*

Der rückwirkende Entzug der Approbation hat die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zwischen Krankenhausträger und Behandelndem mit *Ex tunc*-Wirkung zur Folge, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war. Damit entfällt der Rechtsgrund für die Honorarzahlung, sodass der Klinikträger die Leistung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB kondizieren kann.

War er dagegen gutgläubig, hat die Nichtigkeit nur Wirkung für die Zukunft, sodass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ausscheidet.

## 2. Wertersatzanspruch des Behandelnden nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB

Für den Wertersatzanspruch des Behandelnden nach §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB gelten die Ausführungen zur Rückabwicklung des Behandlungsvertrages entsprechend. Dieser Anspruch kann nur bestehen, wenn der Arbeitsvertrag als Rechtsgrund entfällt, sodass nach dem oben gesagten nur ein Wertersatzanspruch eines bösgläubigen Behandelnden in Betracht kommt. Dieser scheidet aber an § 817 S. 2 BGB iVm. § 142 Abs. 2 BGB analog.<sup>1499</sup>

## II. Arbeitsverträge mit Chefärzten unter Einräumung eines Liquidationsrechts

Teilweise vereinbaren Krankenhausträger mit ihren Chefärzten auch ein Recht zur eigenständigen Liquidation des Arztes beim Patienten. Dogmatisch lässt sich diese Vereinbarung folgendermaßen einordnen: Krankenhausträger und Arzt schließen einen Arbeitsvertrag, der den Arzt zur Übernahme der Heilbehandlungen verpflichtet, zu der sich der Träger gegenüber dem Patienten verpflichtet hat. Die Vergütung besteht in der Abtretung der Zahlungsansprüche, die der Träger gegenüber dem Patienten hat.

Bei Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages nach § 134 BGB müsste der bösgläubige Behandelnde dem Krankenhausträger die Vergütungsansprüche nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB rückabtreten, bzw. wenn er die Vergütung schon eingezogen hat, Wertersatz nach § 818 Abs. 2 BGB leisten.

Ein Wertersatzanspruch des bösgläubigen Behandelnden scheidet an § 817 S. 2 iVm. § 142 Abs. 2 BGB analog.

Ist der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, ist der Arbeitsvertrag nur für die Zukunft unwirksam, sodass die getätigten Leistungen nicht rückabzuwickeln sind.

---

<sup>1499</sup> Siehe hierzu unter § 8 I. 2. c.

### III. Verträge zwischen Klinikbetreiber und Belegarzt

Beim Belegarztvertrag stellt der Klinikbetreiber dem Belegarzt Räumlichkeiten sowie die personale Infrastruktur zur Verfügung, damit dieser den ärztlichen Beruf ausüben kann.

Mit Rücknahme der Approbation ist dieser Vertrag von Anfang an auf einen Erfolg gerichtet, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher nach § 134 BGB iVm. § 2 BÄO unwirksam, wenn der Behandelnde bösgläubig ist. Der Klinikbetreiber hat dann einen Wertersatzanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der dem Behandelnden zur Verfügung gestellten Gebrauchsvorteile.

Ein Wertersatzanspruch des Behandelnden scheitert an § 817 S. 2 iVm. § 142 Abs 2 BGB analog.

### IV. Zusammenfassung

Wird zwischen Klinikträger und Behandelndem ein gewöhnlicher Arbeitsvertrag geschlossen, ist dieser im Fall der Approbationsrücknahme nach § 134 BGB *ex tunc* unwirksam, wenn der Behandelnde bösgläubig war. In diesem Fall hat der Krankenhausträger einen Rückforderungsanspruch hinsichtlich des gezahlten Arbeitsentgelts. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag findet keine Anwendung. Ein Wertersatzanspruch des Behandelnden scheitert an § 817 S. 2 BGB.

War der Behandelnde gutgläubig, tritt die Nichtigkeit nur mit Wirkung für die Zukunft ein. Eine Rückabwicklung über die §§ 812 ff. BGB scheidet aus.

Ebenso sind Arbeitsverträge mit Chefarzten unter Einräumung eines Liquidationsrechts nach § 134 BGB unwirksam, wenn der Behandelnde bösgläubig war, sodass der Krankenhausträger einen Kondiktionsanspruch hinsichtlich des gezahlten Entgelts hat. Insofern besteht ein Anspruch auf Rückabtretung beziehungsweise auf Wertersatz. Ein Wertersatzanspruch des Chefarztes scheitert wiederum an § 817 S. 2 BGB.

Schließlich ist auch der Belegarztvertrag nach § 134 BGB *ex tunc* nichtig, wenn der Belegarzt bösgläubig war. Der Klinikbetreiber hat dann einen Wertersatzanspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 2 BGB auf Rückzahlung der dem Behandelnden zur Verfügung gestellten Gebrauchsvorteile. Ein Kondiktionsanspruch des Behandelnden scheitert an § 817 S. 2 iVm. § 142 Abs 2 BGB analog.



### **3. Kapitel: Fazit**

#### **I. Zu der Frage nach dem Bruch mit der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts**

Der Approbationsentzug nach § 5 BÄO entspricht der Terminologie des allgemeinen Verwaltungsrechts. Die Rücknahme betrifft Fälle, in denen die Approbationserteilung von Anfang an rechtswidrig war, während der Widerruf Fälle betrifft, in denen die Approbation rechtmäßig erteilt wurde, aber später eingetretene Umstände den Entzug rechtfertigen.<sup>1500</sup>

#### **II. Zu der Frage nach der zeitlichen Wirkung der Rücknahme**

Eine pauschale Rückwirkung der Approbationsrücknahme – wie sie die herrschende Lehre vertritt – ist abzulehnen. Stattdessen lässt sich die Frage der zeitlichen Wirkung des § 5 Abs. 1 BÄO auf zwei Feststellungen herunterbrechen. Erstens kommt der Approbationsbehörde bei der Rücknahme der ärztlichen Approbation ein Auswahlermessen hinsichtlich der zeitlichen Wirkung zu. Das gilt nicht nur für die Fälle der fakultativen Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 2 BÄO,

---

<sup>1500</sup> Ausführlich hierzu unter § 2 I. 3. c.

sondern auch für die der obligatorischen Rücknahmegründe nach § 5 Abs. 1 S. 1 BÄO. Zweitens hat die Behörde im Rahmen des Auswahlermessens Vertrauensschutzaspekte zu berücksichtigen. Hat der Betroffene schutzwürdig auf den Bestand der Approbation vertraut, ist die Rücknahme mit *Ex nunc*-Wirkung vorzunehmen. Fehlt es an schutzwürdigem Vertrauen, kommt der Rücknahme *Ex tunc*-Wirkung zu.<sup>1501</sup>

### III. Zu der Frage nach den Folgen einer Rücknahme mit *Ex tunc*-Wirkung für die zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen des betroffenen Arztes

Die Annahme der Rückwirkung hat tiefgreifende Auswirkungen auf die Zivilrechtsbeziehungen im Rahmen der ärztlichen Behandlung. Das betrifft alle Vertragsverhältnisse zwischen Patienten, Behandelnden und Krankenhäusern.

#### 1. Verhältnis Patient – Behandelnder

Die pauschale Rückwirkungsfiktion der herrschenden Lehre hat zur Folge, dass der Betroffene zu behandeln ist, als wäre er niemals approbiert gewesen. Daraus resultiert ein Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BÄO, der über die Transformationsnorm des § 134 BGB auch in das Zivilrecht hineinwirkt.<sup>1502</sup>

Behandlungsverträge, die der Behandelnde mit seinen Privatpatienten abgeschlossen hat, verstoßen mithin gegen ein Verbotsgesetz. Das gilt ebenso, wenn Behandlungsverträge zwischen dem Behandelnden und seinen Patienten im Rahmen der Krankenhausbehandlung eingegangen werden.<sup>1503</sup>

Die Rechtsfolge dieses Verstoßes ist durch eine Abwägung zu ermitteln. Danach ist der Behandlungsvertrag rückwirkend nichtig, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hatte, also bösgläubig war. War er gutgläubig, ist der Vertrag lediglich für die Zukunft unwirksam.<sup>1504</sup>

Die Parteien verlieren in beiden Fällen ihre vertraglichen Primäransprüche, sofern sie nicht bereits erfüllt worden sind.

Im Falle eines bösgläubigen Behandelnden hat der Patient einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung, weil mit dem Behandlungsvertrag der Rechtsgrund für die Vergütungsleistung weggefallen ist. Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn der Behandelnde mit dem Patienten eine wahlärztliche Leistungsvereinbarung nach dem Modell des Arztsatzvertrages geschlossen hat. Dann besteht der Anspruch nur, wenn der Patient die Vergütung

<sup>1501</sup> Ausführlich hierzu unter § 2 II. 3.

<sup>1502</sup> Ausführlich hierzu unter § 6.

<sup>1503</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 1., unter § 9 II. 2. a. und unter § 9 II. 3. a.

<sup>1504</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 7 II.



zuvor an den Behandelnden gezahlt hat, da es ansonsten an einer Leistung fehlt.<sup>1505</sup>

Der Behandelnde haftet aufgrund der Kenntnis des Rücknahmegrundes verschärft, sodass ihm der Einwand der Entreicherung nicht weiterhilft.<sup>1506</sup> Ein bereicherungsrechtlicher Wertersatzanspruch des Behandelnden scheidet an § 817 S. 2 BGB.<sup>1507</sup>

Daneben hat der Patient gegen den Behandelnden einen vertragsähnlichen Anspruch auf Schadensersatz für die mit der rechtswidrigen Körperverletzung verbundenen Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts.<sup>1508</sup> Außerdem entsteht ein vertragsähnlicher Schadensersatzanspruch, wenn dem Behandelnden ein Behandlungsfehler unterläuft. Dabei ist der Sorgfaltsmaßstab eines besonnenen, gewissenhaften Arztes von gleicher Fachrichtung und mit gleichem Ausbildungsstand anzulegen. Da ein Behandlungsfehler schon in der fehlenden Eignung des Behandelnden liegt, entsteht der Anspruch bereits, wenn die mangelnde Eignung einen Schaden kausal verursacht hat.<sup>1509</sup>

Für die mit der rechtswidrigen Körperverletzung verbundene Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes haftet der Behandelnde zudem deliktisch.<sup>1510</sup> Wurde der Heileingriff nicht *lege artis* durchgeführt, besteht ebenfalls ein deliktischer Anspruch, wenn ein kausaler Schaden entstanden ist. Auch dabei ist der Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der für einen gewissenhaften Arzt von gleicher Fachrichtung und gleichem Ausbildungsstand gilt. Da ein Behandlungsfehler schon in der fehlenden Eignung des Behandelnden liegt, besteht ein Ersatzanspruch, wenn die fehlende Eignung einen kausalen Schaden herbeigeführt hat.<sup>1511</sup>

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, ist nur die Annahme der Nichtigkeit des Behandlungsvertrages für die Zukunft verhältnismäßig. Für die ausgetauschten Leistungen liegt weiterhin ein Rechtsgrund vor, sodass ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich ausscheidet. Es besteht auch kein vertraglicher Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes, weil der Behandelnde die rechtswidrige Körperverletzung nicht zu vertreten hat.<sup>1512</sup> Ein deliktischer Anspruch scheidet ebenfalls mangels Verschuldens aus.<sup>1513</sup>

Im Rahmen eines vertraglichen Schadensersatzanspruchs wegen einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung ist der Sorgfaltsmaßstab anzulegen, der für einen

---

<sup>1505</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 II. 3. b. aa.

<sup>1506</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 I. 1.

<sup>1507</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 I. 2.

<sup>1508</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 1.

<sup>1509</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 3.

<sup>1510</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 5. a. und unter § 8 II. 5. c.

<sup>1511</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 5. c.

<sup>1512</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 2.

<sup>1513</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 5. b.

gewissenhaften Arzt der gleichen Fachrichtung und mit dem gleichen Ausbildungsstand gilt. Zwar zeitigt schon die fehlende Eignung des Behandelnden einen Kunstfehler. Allerdings scheidet ein Ersatzanspruch aufgrund fehlenden Verschuldens aus; der gutgläubige Behandelnde muss seine Eignung nicht in Frage stellen.<sup>1514</sup> Das gilt auch für einen diesbezüglichen Anspruch aus Deliktsrecht.<sup>1515</sup>

War der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, kann auch er einen vertraglichen Schadensersatzanspruch gegen den Patienten haben. War er bösgläubig, kommen nur deliktische Ansprüche gegen den Patienten in Betracht.<sup>1516</sup>

Die Vorschriften über die Verjährung ändern nichts daran, dass sich der bösgläubige Behandelnde einer je nach Dauer der ärztlichen Tätigkeit kaum zu überblickende Zahl an Ansprüchen der Patienten ausgesetzt sieht.<sup>1517</sup> Der Schadensersatzanspruch des Patienten wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechts oder wegen eines Behandlungsfehlers verjährt erst 30 Jahre nach der Heilbehandlung, wenn der Patient das Fehlverhalten des Arztes nicht kannte. Der bereicherungsrechtliche Anspruch auf Herausgabe der gezahlten Vergütung besteht jedenfalls so lange, wie die Approbationsrücknahme noch nicht erfolgt ist. Gleiches gilt für den Schadensersatzanspruch hinsichtlich der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts, wenn die Einwilligungserklärung durch den Patienten angefochten wird.

Der bösgläubige Behandelnde trägt bei einem vertragsähnlichen Anspruch wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten die Beweislast hinsichtlich der Erfüllung seiner Aufklärungspflicht. Im Falle einer nicht *lege artis* durchgeführten Behandlung sind die Beweislastregeln des § 630h BGB analog anzuwenden.<sup>1518</sup>

## 2. Verhältnis Patient – Krankenhaussträger

Schuldet der Krankenhaussträger dem Patienten explizit die Heilbehandlung durch den Behandelnden, der von der Rücknahme betroffen ist, ist der Behandlungsvertrag gemäß § 134 Hs. 2 BGB *ex nunc* nichtig.<sup>1519</sup> Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung findet nicht statt, da für die Vergangenheit ein Rechtsgrund besteht.

<sup>1514</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 4.

<sup>1515</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 5. d.

<sup>1516</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 II. 6. und 7.

<sup>1517</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 IV.

<sup>1518</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 8 V.

<sup>1519</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. a.

Der Krankenhausträger haftet für die durch die rechtswidrige Heilbehandlung erlittene Persönlichkeitsrechtsverletzung, wenn der Behandelnde hinsichtlich des Rücknahmegrundes bösgläubig war.<sup>1520</sup> Ferner besteht ein vertraglicher Schadensersatzanspruch, wenn die Behandlung nicht *lege artis* vorgenommen wurde und dem Patienten hierdurch ein Schaden entstanden ist.<sup>1521</sup>

Außerdem haftet der Krankenhausträger nach § 831 BGB für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten, wenn ihn ein Auswahl- oder Überwachungsverschulden hinsichtlich der fehlenden fachlichen oder persönlichen Geeignetheit des Behandelnden trifft. Ebenso besteht ein solcher Anspruch unter den gleichen Voraussetzungen, wenn der Behandelnde den Eingriff nicht *lege artis* vornimmt.<sup>1522</sup>

Der Behandelnde selbst haftet ebenfalls deliktisch für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten sowie für eine Behandlung entgegen der ärztlichen Kunst, wenn daraus ein kausaler Schaden entstanden ist.<sup>1523</sup> Etwas anderes gilt, wenn der Klinikträger sich nicht explizit zu einer Leistung durch denjenigen Behandelnden verpflichtet, der von der Rücknahme betroffen ist.<sup>1524</sup> In diesem Fall ist § 134 BGB tatbestandlich nicht anwendbar. Der Behandlungsvertrag mit dem Krankenhausträger bleibt also wirksam.<sup>1525</sup>

Wird die Behandlungsleistung durch den von der Rücknahme betroffenen Behandelnden erbracht, hat der Patient einen Anspruch auf Rückzahlung der Vergütung aus § 326 Abs. 4 BGB.<sup>1526</sup> Ferner kann der Patient vom Behandlungsvertrag zurücktreten, sodass die getätigten Leistungen rückabgewickelt werden.<sup>1527</sup> Außerdem kann der Patient den Vertrag anfechten und die gezahlte Vergütung bereicherungsrechtlich zurückverlangen. Kannte der Klinikträger den Rücknahmegrund, haftet er verschärft, sodass ihm der Einwand der Entreicherung nicht weiterhilft.<sup>1528</sup> War der Klinikträger hinsichtlich des Rücknahmegrundes gutgläubig, hat er einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Wertersatz für die Behandlungsleistung.<sup>1529</sup>

Daneben kommt dem Patienten ein vertraglicher (im Fall der Anfechtung vertragsähnlicher) Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung seines Selbstbestimmungsrechtes gegen den Krankenhausträger zu.<sup>1530</sup> Tritt in Folge der Behandlung durch den ungeeigneten Behandelnden ein weiterer Schaden ein, ergibt sich diesbezüglich ebenfalls ein vertraglicher Schadensersatzanspruch gegen den Kran-

<sup>1520</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. b.

<sup>1521</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. c.

<sup>1522</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. d.

<sup>1523</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. e.

<sup>1524</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. a., § 9 II. 1. und § 9 II. 3. b. bb.

<sup>1525</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. a.

<sup>1526</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. aa.

<sup>1527</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. bb.

<sup>1528</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. cc.

<sup>1529</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. dd.

<sup>1530</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. ee.

kenhausträger.<sup>1531</sup> Der Patient hat schließlich einen deliktischen Anspruch gegen den Behandelnden wegen der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts und gegebenenfalls wegen eines Behandlungsfehlers.<sup>1532</sup>

Schließen Krankenhausträger und Patient keinen Behandlungsvertrag, sondern nur einen Krankenhausaufnahmevertrag, hat die Unwirksamkeit des dazugehörigen Behandlungsvertrages mit dem Behandelnden zur Folge, dass sich die Nichtigkeit des Behandlungsvertrages nach § 139 BGB auch auf den Krankenhausaufnahmevertrag auswirkt.<sup>1533</sup> War der Behandelnde also bösgläubig, ist neben dem Behandlungsvertrag auch der Krankenhausaufnahmevertrag rückwirkend nichtig, während im Fall des gutgläubigen Behandelnden nur *Ex nunc*-Nichtigkeit eintritt.

Ist der Krankenhausaufnahmevertrag rückwirkend nichtig, kann der Patient die an den Krankenhausträger gezahlte Vergütung kondizieren, weil der Rechtsgrund nach § 139 BGB entfallen ist. Dem Krankenhausträger kommt ein Wertersatzanspruch für die geleistete Unterbringung und die sonstigen pflegerischen Leistungen zu. Eine Zurechnung der Bösgläubigkeit erfolgt nicht, weil der Behandelnde nicht als Wissensvertreter des Klinikbetreibers tätig wird.

### 3. Verhältnis Krankenhausträger – Behandelnder

Wird zwischen Klinikträger und Behandelndem ein Arbeitsvertrag geschlossen, ist dieser im Falle der Approbationsrücknahme nach § 134 BGB *ex tunc* nichtig, wenn der Behandelnde bösgläubig war.<sup>1534</sup> In diesem Falle hat der Krankenhausträger einen Rückforderungsanspruch hinsichtlich des gezahlten Arbeitsentgelts. Die Lehre vom fehlerhaften Arbeitsvertrag findet keine Anwendung.<sup>1535</sup> Ein Wertersatzanspruch des Behandelnden scheidet an § 817 S. 2 BGB.<sup>1536</sup> War er gutgläubig, tritt die Nichtigkeit nur mit Wirkung für die Zukunft ein. Eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung scheidet aus.<sup>1537</sup> Nichts anderes gilt für Chefarzte<sup>1538</sup> oder entsprechend für Verträge mit Belegärzten.<sup>1539</sup>

<sup>1531</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. ff.

<sup>1532</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 I. 2. f. gg.

<sup>1533</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 9 II. 2. b. aa. und § 9 II. 3. a.

<sup>1534</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 I.

<sup>1535</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 I. 1.

<sup>1536</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 I. 2.

<sup>1537</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 I.

<sup>1538</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 II.

<sup>1539</sup> Siehe hierzu ausführlich unter § 10 III.

## Literaturverzeichnis

- Achilles, Alexander/Spahn, Peter/Gebhard, Albert: Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band II Berlin 1898.  
(zitiert: *Achilles/Spahn/Gebhard*, Protokolle zur zweiten Lesung des BGB, Bd. 2, S.)
- Ahlers, Philipp: Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen – Die Durchsetzung nicht privatrechtlicher Verbraucherschutzregelungen durch das Deliktsrecht in Deutschland und England – Rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des Produkthaftungsrechts, Baden-Baden 2018, Nomos.  
(zitiert: *Ahlers*, Verbraucherschutz durch deliktsrechtliche Transformationsnormen, S.)
- Amm, Till: Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoss und § 134 BGB, Bochum 1982, D. Gräbner Dissertations und Offsetdruckerei.  
(zitiert: *Amm*, Rechtsgeschäft, Gesetzesverstoß und § 134 BGB, S.)
- Andreas, Manfred/Debong, Bernhard/Bruns, Wolfgang: Handbuch Arztrecht in der Praxis, 1. Auflage, Baden-Baden 1991, Nomos Verlag.  
(zitiert: *Andreas/Debong/Bruns*, Handbuch Arztrecht in der Praxis, Rn.)

- Arzt, Gunther: Willensmängel bei der Einwilligung, Göttingen 1970, Athenäum Verlag.  
(zitiert: *Arzt*, Willensmängel bei der Einwilligung, S.)
- Bachof, Otto: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: JZ 1962, S. 745–755.  
(zitiert: *Bachof*, JZ 1962, S.)
- Bachof, Otto: Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts Band 2, 3. Auflage, Tübingen 1967, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Bachof*, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht Band 2, S.)
- Bader, Johann/Ronellenfisch, Michael: Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 46. Edition, Stand: 01.01.2020, München, C.H. Beck.  
(zitiert: BeckOK VwVfG/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Ballerstedt, Kurt: Zur Haftung für culpa in contrahendo bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter, in: AcP 1951, S. 501–531.  
(zitiert: *Ballerstedt*, AcP 151, S.)
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman: Beck'scher Online-Kommentar BGB, 53. Edition, Stand: 01.02.2020, München, C.H. Beck.  
(zitiert: BeckOK BGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Bar, Christian von: Geschäftsbesorgungen im Sinne des Rechts der Geschäftsführung ohne Auftrag – Eine rechtsvergleichende Skizze, in: Festschrift für Peter Schlechtriem, Tübingen 2003, Mohr Siebeck, S. 699–719.  
(zitiert: *von Bar*, FS Schlechtriem, S.)
- Bar, Christian von: „Nachwirkende“ Vertragspflichten, in: AcP 1979, S. 452–474.  
(zitiert: *von Bar*, AcP 179, S.)
- Bar, Christian von: Verkehrspflichten – Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Berlin 1980, Carl Heymanns Verlag KG.  
(zitiert: *von Bar*, Verkehrspflichten, S.)
- Bar, Christian von: Vertragliche Schadensersatzpflichten ohne Vertrag?, in: JuS 1982, S. 637–645.  
(zitiert: *von Bar*, JuS 1982, S.)
- Bar, Christian von: Vertrauenshaftung ohne Vertrauen – Zur Prospekthaftung bei der Publikums-KG in der Rechtsprechung des BGH, in: ZGR 1983, S. 476–512.  
(zitiert: *von Bar*, ZGR 1983, S.)
- Barczak, Tristan: Typologie des Verwaltungsakts, in: JuS 2018, S. 238–245.  
(zitiert: *Barczak*, JuS 2018, S.)
- Baring, Martin: Bloß kein Gesetz!, in: JR 1960, S. 241–245.  
(zitiert: *Baring*, JR 1960, S.)

- Baur, Fritz: Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: JZ 1963, S. 41–47.  
(zitiert: *Baur*, JZ 1963, S.)
- Beater, Axel: Der Gesetzesbegriff von § 134 BGB – Zur Anwendbarkeit der Vorschrift auf Verfassungs- und Satzungsnormen, allgemeine Rechtsgrundsätze und Gesetzesumgehungen, AcP 1994, S. 505–527.  
(zitiert: *Beater*, AcP 194, S.)
- Becker, Franz/Luhmann, Niklas: Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz – Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten, Berlin 1963, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Becker/Luhmann*, Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz, S.)
- Becker, Hans Joachim: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: DÖV 1963, S. 459–466.  
(zitiert: *Becker*, DÖV 1963, S.)
- Becker, Hans Joachim: Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte und Rückforderung ohne Rechtsgrund gewährter Leistungen – Entwicklungen und Probleme in der neuen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, in: DÖV 1973, S. 379–389.  
(zitiert: *Becker*, DÖV 1973, S.)
- Behrends, Okko/Knütel, Rolf/Kupisch, Berthold/Seiler, Hans Hermann: Corpus Iuris Civilis – Text und Übersetzung – Teil II Digesten 1–10, Heidelberg 1995, C.F. Müller.  
(zitiert: Behrends/Knütel/Kupisch/Seiler/*Autor*, Digesten (S.))
- Bender, Albrecht W.: Zeugen Jehovas und Bluttransfusion – Eine zivilrechtliche Betrachtung, in: MedR 1999, S. 260–267.  
(zitiert: *Bender*, MedR 1999, S.)
- Bendheuer, Heinz: Der ärztliche Berufsstand im Lichte der neuen Reichsärzteordnung, Breslau 1938, Ostdeutsche Verlagsanstalt Breslau.  
(zitiert: *Bendheuer*, Der ärztliche Berufsstand im Lichte der neuen Reichsärzteordnung, S.)
- Bengl, Wilhelm: Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag (unter besonderer Betonung seiner Ansprüche), Kulmbach 1930, Buchdruckerei und Verlagsanstalt G. Schuhmann.  
(zitiert: *Bengl*, Die Rechtsstellung des Geschäftsführers ohne Auftrag, S.)
- Berger, Christian: Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Privatautonomie am Ende des Lebens, in: JZ 2000, S. 797–805.  
(zitiert: *Berger*, JZ 2000, S.)

- Bergmann, Andreas: Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis: Die Rechtsinstitute der negotiorum gestio in subordinationsrechtlicher Betrachtungsweise, Tübingen 2010, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Bergmann*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Subordinationsverhältnis, S.)
- Bernhöft, Franz: Zur Lehre von Fiktionen, in: Festschrift für Ernst Immanuel Bekker, 1907, S. 239–290.  
(zitiert: *Bernhöft*, FS Bekker, S.)
- Beuthien, Volker: Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem, in: RdA 1969, S. 161–174.  
(zitiert: *Beuthien*, RdA 1969, S.)
- Beuthien, Volker: Die unberechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag im bürgerlichrechtlichen Anspruchssystem, in: Festschrift für Alfred Söllner, München 2000, C.H. Beck, S. 125–136.  
(zitiert: *Beuthien*, FS Söllner, S.)
- Beuthien, Volker: Leistung und Aufwendung im Dreiecksverhältnis – Grenzen des Handelns im Doppelinteresse, in: JuS 1987, S. 841–848.  
(zitiert: *Beuthien*, JuS 1987, S.)
- Beuthien, Volker/Weber, Hansjörg: Schuldrecht II – Ungerechtfertigte Bereicherung und Geschäftsführung ohne Auftrag, 2. Auflage, München 1987, C.H. Beck.  
(zitiert: *Beuthien/Weber*, SchuldR II, S.)
- Bierling, Ernst Rudolf: Juristische Prinzipienlehre, Erster Band, Aalen 1961 (Neudruck der Auflage von 1894–1917), Scientia Verlag.  
(zitiert: *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1 S.)
- Bode, Matthias: „Brexit“ und Hochschulzugang: Wie sich der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU auf die Migration von Bewerbern und Studierende auswirken könnte, in: EuR 2017, S. 401–433.  
(zitiert: *Bode*, EuR 2017, S.)
- Boecken, Winfried/Düwell, Franz Josef/Diller, Martin/Hanau, Hans: Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage, Baden Baden 2016, Nomos Verlag.  
(zitiert: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Bearbeiter*, § Rn.)
- Böhmer, Werner: Die Verwirkung im öffentlichen Recht, in: BayVBl. 1956, S. 129–132.  
(zitiert: *Böhmer*, BayVBl. 1956, S.)
- Boemke, Burkhard: Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, München 1999, C.H. Beck.  
(zitiert: *Boemke*, Schuldvertrag und Arbeitsverhältnis, S.)
- Boemke, Burkhard/Ulrici, Bernhard: BGB Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin 2014, Springer Verlag.  
(zitiert: *Boemke/Ulrici*, BGB AT, § Rn.)



- Bonvie, Horst: Aktuelle Fragen des ärztlichen Berufsrechts, in: MedR 2002, S. 338–345.  
(zitiert: *Bonvie*, MedR 2002, S.)
- Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Auflage, Tübingen 2016, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Bork*, BGB AT, Rn.)
- Braun, Christian/Gründel, Mirko: Approbationsentzug wegen Unwürdigkeit und Anspruch auf Wiedererteilung der Approbation, in: MedR 2001, S. 396–401.  
(zitiert: *Braun/Gründel*, MedR 2001, S.)
- Breidenbach, Stephan: Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluss, München 1989, C.H. Beck.  
(zitiert: *Breidenbach*, Die Voraussetzungen von Informationspflichten bei Vertragsschluss, S.)
- Brors, Christiane: Vertrauen oder Vertrag – gibt es eine Haftung für Wertgutachten nach § 311 Abs. 3 BGB?, in: ZGS 2005, 142–149.  
(zitiert: *Brors*, ZGS 2005, S.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 40. Auflage, München 2016, Vahlen.  
(zitiert: *Brox/Walker*, Rn.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 35. Auflagen, München 2011, C.H. Beck.  
(zitiert: *Brox/Walker*, SchuldR AT, § Rn.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich: Besonderes Schuldrecht, 41. Auflage, München 2017, C.H. Beck.  
(zitiert: *Brox/Walker*, SchuldR BT, § Rn.)
- Brückmann, Arthur: Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Begriff der auftragslosen Geschäftsbesorgung, Jena 1903, Verlag Gustav Fischer.  
(zitiert: *Brückmann*, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag, S.)
- Brüggemeier, Gert: Deliktsrecht – Ein Hand- und Lehrbuch, 1. Auflage, Baden Baden 1986, Nomos.  
(zitiert: *Brüggemeier*, Deliktsrecht, Rn.)
- Buck-Heeb, Petra: Private Kenntnis in Banken und Unternehmen – Haftungsvermeidung durch Einhaltung von Organisationspflichten –, in: WM 2008, S. 281–285.  
(zitiert: *Buck-Heeb*, WM 2008, S.)
- Büttner, Hermann: Die deliktsrechtliche Einordnung der ärztlichen Eingriffsaufklärung – ein juristischer Behandlungsfehler?, in: Festschrift für Karlmann Geiß, Köln 2000, Carl Heymanns Verlag, S. 353–365.  
(zitiert: *Büttner*, FS Geiß, S.)

- Bullinger, Martin: Öffentliches Recht und Privatrecht – Studien über Sinn und Funktion der Unterscheidung, Stuttgart 1968, Kohlhammer.  
(zitiert: *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S.)
- Bullinger, Martin: Vertrauensschutz im deutschen Verwaltungsrecht in historisch-kritischer Sicht – Mit einem Reformvorschlag, in: JZ 1999, S. 905–913.  
(zitiert: *Bullinger*, JZ 1999, S.)
- Bundesministerium der Justiz: Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992, Bundesanzeiger Verlag.  
(zitiert: BMJ, Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, S.)
- Bund-Länderausschuss zur Erarbeitung des Musterentwurfs eines Verwaltungsverfahrensgesetzes: Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln und Berlin 1963, Grote'sche Verlagsbuchhandlung KG.  
(zitiert: EVwVerfG 1963, S.)
- Bunge, Hanns: Heilberufe und Kurierfreiheit, ihre historische Entwicklung vor und in der G.O. 1869, Würzburg 1929.  
(zitiert: *Bunge*, Heilberufe und Kurierfreiheit, ihre historische Entwicklung vor und in der G.O. 1869, S.)
- Caemmerer, Ernst von: Preisverstöße und § 817 Satz 2 BGB, in: JZ 1950, S. 645–651.  
(zitiert: *von Caemmerer*, JZ 1950, S.)
- Cahn, Andreas: Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, S. 8–19.  
(zitiert: *Cahn*, JZ 1997, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen – Zugleich ein Beitrag über die Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen, in: JZ 1965, 475–482.  
(zitiert: *Canaris*, JZ 1965, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, Berlin 1966, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, in JZ 2001, S. 499–528.  
(zitiert: *Canaris*, JZ 2001, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung, in: Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, RW Verlag, S. 43–66.  
(zitiert: *Canaris*, FS Schimansky, S.)

- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, C.H. Beck.  
(zitiert: *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe der Wissenschaft Band I, München 2000, C.H. Beck.  
(zitiert: *Canaris*, FG 50 Jahre BGH, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Gesamtwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Festschrift für Ernst Steindorff, Berlin 1990, De Gruyter, S. 519–573.  
(zitiert: *Canaris*, FS Steindorff, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, Heidelberg 1983, C.F. Müller.  
(zitiert: *Canaris*, Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Festschrift für Erwin Deutsch, Köln 1999, Carl Heymanns Verlag, S. 85–109.  
(zitiert: *Canaris*, FS Deutsch, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Schuldrechtsreform 2002, München 2002, C.H. Beck.  
(zitiert: *Canaris*, Schuldrechtsreform, S.)
- Canaris, Claus-Wilhelm: Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten, in: Festschrift für Karl Larenz, München 1983, C.H. Beck, S. 27–108.  
(zitiert: *Canaris*, FS Larenz, S.)
- Clasen, Heinrich: Der Vertrauensschutz bei Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, in: DÖV 1960, S. 899–900.  
(zitiert: *Clasen*, DÖV 1960, S.)
- Classen, Claus Dieter: Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt, in: JZ 2003, S. 691–701.  
(zitiert: *Classen*, JZ 2003, S.)
- Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn: Münchner Anwalts Handbuch Medizinrecht, 3. Auflage, München 2020, C.H. Beck.  
(zitiert: *Clausen/Bearbeiter*, § Rn.)
- Costede, Jürgen: Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, Bern 1977, Stämpfli und Cie AG.  
(zitiert: *Costede*, Dogmatische und methodologische Überlegungen zum Verständnis des Bereicherungsrechts, S.)
- Cramer, Peter: Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, Bad Homburg 1968, Verlag Dr. Max Gehlen.  
(zitiert: *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, S.)

- Damm, Reinhard: Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung, JZ 1986, S. 913–926.  
(zitiert: *Damm*, JZ 1986, S.)
- Damm, Reinhard: Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung – Auf dem Weg in die persönlichkeitsrechtliche Moderne, in: JZ 1998, S. 926–938.  
(zitiert: *Damm*, JZ 1998, S.)
- Daniels, Josef/Bulling, Manfred: Bundesärzteordnung, Neuwied 1963, Luchterhand Verlag.  
(zitiert: *Daniels/Bulling*, § Anm.)
- Daniels, Jürgen: Probleme des Haftungssystems bei stationärer Krankenbehandlung, in: NJW 1972, S. 305–309.  
(zitiert: *Daniels*, NJW 1972, S.)
- Dann, Matthias: Ärztliche Fehleroffenbarung – Strafrechtliche Strategien für post-invasive Arzt-Patientengespräche, in: MedR 2007, S. 638–643.  
(zitiert: *Dann*, MedR 2007, S.)
- Dauner, Barbara: Der Kondiktionsausschluß gem. § 817 Satz 2 BGB. Aktuelle Tendenzen im Bereich der Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, in: JZ 1980, S. 495–506.  
(zitiert: *Dauner*, JZ 1980, S.)
- Dauner-Lieb, Barbara/Arnold, Arnd/Dötsch, Wolfgang/Kitz, Volker: Fälle zum neuen Schuldrecht, Heidelberg 2002, C.F. Müller.  
(zitiert: *Dauner-Lieb/Arnold/Dötsch/Kitz*, Fälle zum neuen Schuldrecht, S.)
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard: Nomos Kommentar BGB.  
Band 1: Allgemeiner Teil/EGBGB, 3. Auflage, Baden Baden 2016, Nomos Verlagsgesellschaft.  
Band 2: Schuldrecht, 3. Auflage, Baden Baden 2016, Nomos Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: NK-BGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Dauner-Lieb, Barbara/Konzen, Horst/Schmidt, Karsten: Das neue Schuldrecht in der Praxis – Akzente – Brennpunkte – Ausblick, Carl Heymanns Verlag, Köln 2003.  
(zitiert: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt/*Bearbeiter*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, S.)
- Demelius, Gustav: Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung – Eine juristische Untersuchung, Weimar 1858, Hermann Böhlau Verlag.  
(zitiert: *Demelius*, Die Rechtsfiktion in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung, S.)

- Deppenkemper, Gunter: *Negotiorum gestio – Geschäftsführung ohne Auftrag – Zu Entstehung, Kontinuität und Wandel eines Gemeineuropäischen Rechtsinstituts*, Göttingen 2014, V&R unipress GmbH.  
Teil 1.  
(zitiert: *Deppenkemper*, *Negotiorum gestio* Teil 1, S.)  
Teil 2.  
(zitiert: *Deppenkemper*, *Negotiorum gestio* Teil 2, S.)
- Deutsch, Erwin: *Allgemeines Haftungsrecht*, 2. Auflage, München 1996, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Deutsch*, *Allgemeines Haftungsrecht*, S.)
- Deutsch, Erwin: Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, in: *AcP* 1992, S. 161–180.  
(zitiert: *Deutsch*, *AcP* 192, S.)
- Deutsch, Erwin: Haftungsfreistellung von Arzt oder Klinik und Verzicht auf Aufklärung durch Unterschrift des Patienten, in: *NJW* 1983, S. 1351–1354.  
(zitiert: *Deutsch*, *NJW* 1983, S.)
- Deutsch, Erwin: Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, in: *NJW* 1965, S. 1985–1989.  
(zitiert: *Deutsch*, *NJW* 1965, S.)
- Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas: *Medizinrecht – Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht*, 7. Auflage, Heidelberg 2014, Springer-Verlag.  
(zitiert: *Deutsch/Spickhoff*, Rn.)
- Detterbeck, Steffen: *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 17. Auflage, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Detterbeck*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § Rn.)
- Dickmann, Herbert: Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, in: *DÖV* 1957, S. 278–284.  
(zitiert: *Dickmann*, *DÖV* 1957, S.)
- Diederichsen, Angela: Neues Schadensersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung, in: *VersR* 2005, S. 433–442.  
(zitiert: *Diederichsen*, *VersR* 2005, S.)
- Diederichsen, Uwe: *Die Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus*, Köln 1979, Verlag W. Kohlhammer GmbH.  
(zitiert: *Diederichsen*, *Die Vergütung der ärztlichen Leistung im Krankenhaus*, S.)
- Dietrich, David: Referendarexamensklausur – Zivilrecht: Ohne Rechnung – mit Ärger, in: *JuS* 2009, 343–350.  
(zitiert: *Dietrich*, *JuS* 2009, S.)

- Dölle, Hans: Aussergesetzliche Schuldpflichten, in: Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft 103, S. 67–102.  
(zitiert: *Dölle*, ZStaatsW 103, S.)
- Dunz, Walter: Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, Karlsruhe 1974, C.F. Müller.  
(zitiert: *Dunz*, Zur Praxis der zivilrechtlichen Arzthaftung, S.)
- Duttge, Gunnar: Zum Unrechtsgehalt des kontraindizierten ärztlichen Heileingriffs, in MedR 2005, S. 706–711.  
(zitiert: *Duttge*, MedR 2005, S.)
- Eberhardt, Dietrich: Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient – Zugleich ein Beitrag zu Bedeutung und Inhalt des § 368d Abs. 4 RVO, in: AcP 1971, S. 289–322.  
(zitiert: *Eberhardt*, AcP 171, S.)
- Ebermayer, Ludwig: Der Arzt im Recht – Rechtliches Handbuch für Ärzte, Leipzig 1930, Georg Thieme Verlag.  
(zitiert: *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S.)
- Ehlers, Alexander/Brogie, Maximilian: Arzthaftungsrecht – Grundlagen und Praxis, 5. Auflage, München 2014, C.H. Beck.  
(zitiert: Ehlers/Brogie/*Bearbeiter*, Arzthaftungsrecht, Rn.)
- Ehlers, Dirk/Kallerhoff, Matthias: Die Rücknahme von Verwaltungsakten, in: JURA 2009, S. 823–834.  
(zitiert: *Ehlers/Kallerhoff*, JURA 2009, S.)
- Eickelmann, Sarah: Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Tübingen 2017, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Eickelmann*, Die Rückwirkung im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs, S.)
- Eidenmüller, Horst: Wertersatz für rechtsgrundlos erbrachte Leistungen, in: JZ 1996, S. 889–893.  
(zitiert: *Eidenmüller*, JZ 1996, S.)
- Einsele, Dorothee: Geschäftsführung ohne Auftrag bei nichtigen Verträgen? – BGH, NJW 1997, 47, in: JuS 1998, 401–404.  
(zitiert: *Einsele*, JuS 1998, S.)
- Endemann, Friedrich: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 8. Auflage, Berlin 1903, Carl Lehmanns Verlag.  
(zitiert: *Endemann*, BGB AT, S.)
- Endemann, Friedrich: Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Rechte, Leipzig 1887, Fues's Verlag.  
(zitiert: *Endemann*, Über die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze, S.)

- Enneccerus, Ludwig: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, Marburg 1889, Elwert'sche Verlagsbuchhandlung.  
(zitiert: *Enneccerus*, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, S.)
- Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 14. Auflage, Tübingen 1955, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: Enneccerus/Kipp/Wolff/*Bearbeiter*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I, S.)
- Enneccerus, Ludwig/Kipp, Theodor/Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 13. Bearbeitung, Tübingen 1950, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: Enneccerus/Kipp/Wolff/*Bearbeiter*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, S.)
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian: Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 42. Edition, Stand: 01.12.2019, München, C.H. Beck.  
(zitiert: BeckOK GG/*Bearbeiter*, Art. Rn.)
- Erichsen, Hans-Uwe: Rechtsfragen der Aufhebung von begünstigenden Verwaltungsakten durch die Verwaltung nach Inkrafttreten der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder, in: *VerwArch* 1978, S. 303–312.  
(zitiert: *Erichsen*, *VerwArch* 1978, S.)
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010, de Gruyter.  
(zitiert: Erichsen/Ehlers/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, Berlin 1992, de Gruyter.  
(zitiert: Erichsen/Martens/*Bearbeiter*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § Rn.)
- Ermann, Walter: Beiträge zur Haftung für das Verhalten bei Vertragsverhandlungen, in: *AcP* 1934 S. 273–336.  
(zitiert: *Ermann*, *AcP* 139, S.)
- Erning, Adolf: Der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und die Widerrufbarkeit des begünstigenden, mangelhaften Verwaltungsaktes, in: *DVBl.* 1960, S. 188–194.  
(zitiert: *Erning*, *DVBl.* 1960, S.)
- Erning, Adolf: Der Widerruf mangelhafter, begünstigender Verwaltungsakte, Münster 1958.  
(zitiert: *Erning*, *Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte*, S.)
- Erning, Adolf: Der Widerruf mangelhafter begünstigender Verwaltungsakte, in: *DVBl* 1959, S. 795–798.  
(zitiert: *Erning*, *DVBl.* 1959, S.)
- Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Ernst/Zimmermann*, *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, S.)

- Esser, Josef: Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, Frankfurt am Main 1940, Vittorio Klostermann.  
(zitiert: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, S.)
- Esser, Josef/Schmidt, Eike: Schuldrecht Band I – Allgemeiner Teil – Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000, C.F. Müller.  
(zitiert: *Esser/Schmidt*, SchuldR AT II, S.)
- Esser, Josef/Weyers, Hans-Leo: Schuldrecht Band II – Besonderer Teil – Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000, C.F. Müller.  
(zitiert: *Esser/Weyers*, SchuldR BT II, S.)
- Evans-von Krbek, Franziska-Sophie: Nichterfüllungsregeln auch bei weiteren Verhaltens- oder Sorgfaltspflichtverletzungen? – Überlegungen zu einer gemeinsamen Grundlegung der culpa in contrahendo, der positiven Vertragsverletzung, des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter und der Produkthaftung durch die analoge Anwendung der Regeln über die Schadenersatzpflicht bei der Nichterfüllung von Leistungspflichten, in: AcP 1979, S. 85–152.  
(zitiert: *Evans-von Krbek*, AcP 179, S.)
- Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung – Kommentar, 6. Auflage, München 1974, C.H. Beck.  
(zitiert: *Eyermann/Fröhler*, VwGO, § Rn.)
- Falk, Ulrich: Von Titelhändlern und Erbensuchern – Die GoA-Rechtsprechung am Scheideweg, in: JuS 2003, S. 833–839.  
(zitiert: *Falk*, JuS 2003, S.)
- Faust, Florian: Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2018, Nomos.  
(zitiert: *Faust*, BGB AT, S.)
- Feuerich, Wilhelm/Weyland, Dag: Bundesrechtsanwaltsordnung – Berufsordnung – Fachanwaltsordnung – Partnerschaftsgesellschaftsgesetz – Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union – Patentanwaltsordnung – Kommentar, 10. Auflage, München 2020, Verlag Franz Vahlen.  
(zitiert: *Feuerich/Weyland/Bearbeiter*, BRAO, § Rn.)
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas: Schuldrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 11. Auflage, Berlin 2017, De Gruyter.  
(zitiert: *Fikentscher/Heinemann*, § Rn.)
- Finger, Peter: Zu den Folgen einer Mietzinsvereinbarung unter Überschreitung der örtlichen Vergleichsmiete, in: ZMR 1983, S. 35–40.  
(zitiert: *Finger*, ZMR 1983, S.)
- Fischer, Hans Albrecht: Fiktionen und Bilder in der Rechtswissenschaft, in: AcP 1919, S. 143–192.  
(zitiert: *Fischer* AcP 117, S.)



- Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016, C.H. Beck.  
(zitiert: *Fischer*, StGB, § Rn.)
- Flatow, Beate: Die Schönheitsreparaturpflicht des Vermieters, in: WuM 2009, S. 2008–217.  
(zitiert: *Flatow*, WuM 2009, S.)
- Fleindl, Hubert: Die gesetzlichen Regelungen zur Begrenzung der Miethöhe, in: WuM 2013, 703–716.  
(zitiert: *Fleindl*, WuM 2013, S.)
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, Tübingen 1928, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Fleiner*, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, S.)
- Fleischer, Holger: Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001, C.H. Beck.  
(zitiert: *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, S.)
- Fleischer, Holger: Vorvertragliche Pflichten im Schnittfeld von Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsprivatrecht – dargestellt am Beispiel der Informationspflichten, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, Mohr (Paul Siebeck), S. 243–267.  
(zitiert: *Fleischer*, Die Schuldrechtsreform, S.)
- Fleischer, Holger: Zur Privatsphäre von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern: Organpflichten, organschaftliche Zurechnung und private Umstände, in: NJW 2006, S. 3239–3244.  
(zitiert: *Fleischer*, NJW 2006, S.)
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin Heidelberg 1992, Springer-Verlag.  
(zitiert: *Flume*, BGB AT II, S.)
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts – Erster Band: Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973, C. H. Beck.  
(zitiert: *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.)
- Francke, Robert: Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte – Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes, Stuttgart 1994, Ferdinand Enke Verlag.  
(zitiert: *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrecht, S.)
- Francke, Robert/Hart, Dieter: Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, Stuttgart 1987, Ferdinand Enke Verlag.  
(zitiert: *Francke/Hart*, Ärztliche Verantwortung und Patienteninformation, S.)
- Franzki, Dominik: Der Behandlungsvertrag – Ein neuer Vertragstypus im Bürgerlichen Gesetzbuch, Göttingen 2014, Universitätsverlag Göttingen.  
(zitiert: *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, S.)

- Franzki, Harald: Der Arzthaftungsprozess, Karlsruhe 1984, Verlag Versicherungswirtschaft e.V.  
(zitiert: *Harald Franzki*, Der Arzthaftungsprozess, S.)
- Franzki, Harald/Hansen, Britta: Der Belegarzt – Stellung und Haftung im Verhältnis zum Krankenhausträger, in: NJW 1990, S. 737–743.  
(zitiert: *Franzki/Hansen*, NJW 1990, S.)
- Frisch, Wolfgang: Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, in: NStZ 2016, S. 16–25.  
(zitiert: *Frisch*, NStZ 2016, S.)
- Frotscher, Werner: Vermögensschutz oder Bestandsschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten?, in: DVBl. 1976, S. 281–289.  
(zitiert: *Frotscher*, DVBl. 1976, S.)
- Frost, Marina: „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, Berlin 1981, Duncker und Humblot.  
(zitiert: Frost, „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten, S.)
- Frotz, Gerhard: Die rechtsdogmatische Einordnung der Haftung für culpa in contrahendo, in Gedenkschrift für Franz Gschnitzer, Aalen 1969, Scientia Verlag, S. 163–180.  
(zitiert: *Frotz*, Gedenkschrift Gschnitzer, S.)
- Geiger, Michael: Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, Göttingen 1989.  
(zitiert: *Geiger*, Gesetzliche Regelung des medizinischen Behandlungsvertrages, S.)
- Geis, Max-Emanuel: Franchising-Modelle im Recht der Mediziner Ausbildung, in: Ordnung der Wissenschaft 2014, S. 55–66.  
(zitiert: *Geis*, Ordnung der Wissenschaft 2014, S.)
- Geis, Max-Emanuel: Hochschulrecht in Bund und Ländern, 50. Aktualisierung, Heidelberg 2018, C.F. Müller.  
(zitiert: *Geis/Bearbeiter*, Abschnitt Rn.)
- Geis, Max-Emanuel/Hailbronner, Kai: Gutachten: Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, Bamberg/Fruthwilen, den 11.12.2013.  
(zitiert: *Geis/Hailbronner*, Rechtliche Anforderungen an Gründungen ärztlicher Ausbildungs- und Forschungsstätten in Deutschland, S.)
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans- Peter: Arzthaftpflichtrecht, 7. Auflage, München 2014, C.H. Beck.  
(zitiert: *Geiß/Greiner/Bearbeiter*, Arzthaftpflichtrecht, Rn.)
- Gerhardt, Walter: Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schuldverhältnisses, in: JZ 1970, S. 535–539.  
(zitiert: *Gerhardt*, JZ 1970, S.)

- Gernhuber, Joachim: Das Schuldverhältnis – Begründung und Änderung – Pflichten und Strukturen – Drittwirkungen, Tübingen 1989, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis, S.)
- Geurts, Petra: Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten im deutschen, französischen und europäischen Recht – Wechselwirkung zwischen europäischem und nationalem Recht, Bonn 1997.  
(zitiert: *Geurts*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, S.)
- Giebel, Gerald/Wienke, Albrecht/Sauerborn, Jürgen/Edelmann, Martin/Mennigen, Rudolf/Dievenich, Anne: Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssen – Wege vom richterrechtlichen Aufklärungspflichtverschulden zum ärztlichen Aufklärungsstandard, in: NJW 2001, S. 863–868.  
(zitiert: *Giebel/Wienke/Sauerborn/Edelmann/Mennigen/Dievenich*, NJW 2001, S.)
- Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht – Dritter Band – Schuldrecht, München und Leipzig 1917, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *von Gierke*, Deutsches Privatrecht III, S.)
- Giese, Friedrich/Neuwien, Erhard/Cahn, Ernst: Deutsches Verwaltungsrecht, Berlin 1930, Industrieverlag Spaeth und Linde.  
(zitiert: *Giese/Neuwien/Cahn*, Deutsches Verwaltungsrecht, S.)
- Giesen, Dieter: Arzthaftungsrecht, 4. Auflage, Tübingen 1995, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn.)
- Giesen, Dieter: Grundsätze der Konfliktlösung im Besonderen Schuldrecht – Das Recht der fremdnützigen Geschäftsbesorgung (Teil 2 a: Geschäftsführung ohne Auftrag: Die echte berechnigte GoA, in: JURA 1996, S. 225–235.  
(zitiert: *Giesen*, JURA 1996, S.)
- Gitter, Wolfgang: Zum Privatliquidationsrecht leitender Krankenhausärzte, Köln 1975, Verband der privaten Krankenversicherungen e.V.  
(zitiert: *Gitter*, Zum Privatliquidationsrecht leitender Krankenhausärzte, S.)
- Glatz, Christian: Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung – Eine Untersuchung über ärztliche Hinweispflichten in Deutschland und den Vereinigten Staaten, Berlin 1998, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Glatz*, Der Arzt zwischen Aufklärung und Beratung, S.)
- Gleixner-Eberle, Elisabeth: Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger – Eine arztrechtliche Untersuchung im Rechtsvergleich mit Österreich und der Schweiz sowie mit Blick auf das Internationale Privat- und Strafrecht, Berlin 2014, Springer.  
(zitiert: *Gleixner-Eberle*, Die Einwilligung in die medizinische Behandlung Minderjähriger, S.)

- Gödicke, Patrick: Aufgabe der Deliktshaftung für Behandlungsfehler? Erwiderung auf Eike Schmidt, Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung – zu den unerlässlichen rechtsdogmatischen Vorgaben für eine verlässliche Konfliktbewältigung (MedR 2007, 693 ff.), in: MedR 2008, S. 405–408.  
(zitiert: *Gödicke*, MedR 2008, S.)
- Godry, Rainer: Qualitätssicherung durch Berufszulassung – Zur Problematik der Gleichwertigkeit ärztlicher und zahnärztlicher Ausbildungen im Ausland, in: MedR 2001, S. 348–353.  
(zitiert: *Godry*, MedR 2001, S.)
- Gold, Ingo: „GoA“ bei nichtigen Werkverträgen? – Besprechung von BGH, NJW 1993, 3196, in: JA 1994, S. 205–212.  
(zitiert: *Gold*, JA 1994, S.)
- Gounalakis, Georgios: Persönlichkeitsschutz und Geldersatz, in: AfP 1998, S. 10–25.  
(zitiert: *Gounalakis*, AfP 1998, S.)
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin: Das Recht der Europäischen Union – Band 1 EUV/AEUV, 65. Ergänzungslieferung, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: Grabitz/Hilf/Nettesheim/*Bearbeiter*, Das Recht der Europäischen Union, Art. Rn.)
- Grams, Hartmut: Arzthaftung für den „schadensfreien“ Eingriff mangels Einwilligung wegen unterbliebener Aufklärung (eigenmächtige Heilbehandlung)?, in: GesR 2009, 69–72.  
(zitiert: *Grams*, GesR 2009, S.)
- Grigoleit, Hans Christoph: Zivilrechtliche Grundlagen der Wissenszurechnung, in: ZHR 181 (2017) S. 160–202.  
(zitiert: *Grigoleit*, ZHR 181, S.)
- Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter: Erman BGB, 15. Auflage, Köln 2017, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.  
(zitiert: Erman/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Mayer, Jörg: Beck-online.Grosskommentar BGB, München 2020, C.H. Beck.  
(zitiert: BeckOGK BGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Gubernatis, Gabriele: Zur Offenbarungspflicht bei ärztlicher Fehlbehandlung, in: JZ 1983, S. 363–366.  
(zitiert: *Gubernatis*, JZ 1983, S.)
- Gützkow, Horst: Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte der Sozialleistungsträger? in: NJW 1964, S. 1449–1454.  
(zitiert: *Gützkow*, NJW 1964, S.)

- Gursky, Karl-Heinz: Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: AcP 1985 S. 13–45.  
(zitiert: *Gursky*, AcP 185, S.)
- Gutzeit, Martin: Der arglistig täuschende Verkäufer, in: NJW 2008, S. 1359–1362  
(zitiert: *Gutzeit*, NJW 2008, S.)
- Haage, Heinz: Anerkennung von ärztlichen Auslandsdiplomen, in: MedR 2013, S. 779–784.  
(zitiert: *Haage*, MedR 2013, S.)
- Haage, Heinz: Ärzteausbildung und Medical Schools, in: Festschrift für Franz-Josef Dahm, Heidelberg 2017, Springer S. 187–206.  
(zitiert: *Haage*, FS Dahm, S.)
- Haage, Heinz: Bundes-Apothekerordnung, 2. Online-Auflage, Nomos.  
(zitiert: *Haage*, BApO, § Rn.)
- Haage, Heinz: Bundesärzteordnung, 2. Online-Auflage, Nomos.  
(zitiert: *Haage*, BÄO, § Rn.)
- Haage, Heinz: Bundes-Tierärzteordnung, 1. Online-Auflage 2012, Nomos.  
(zitiert: *Haage*, BTÄO, § Rn.)
- Haage, Heinz: Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen, in: MedR 2008, S. 70–76.  
(zitiert: *Haage*, MedR 2008, S.)
- Haage, Heinz: Folgen der Änderung der Berufsanerkenntnisrichtlinie für Ärzte und Zahnärzte, in: MedR 2014, S. 469–475.  
(zitiert: *Haage*, MedR 2014, S.)
- Haage, Heinz: Gleichwertigkeit der ärztlichen Ausbildung, in: MedR 1996, S. 121–124.  
(zitiert: *Haage*, MedR 1996, S.)
- Haage, Heinz: PsychotherapeutenG, 2. Online-Auflage, Nomos.  
(zitiert: *Haage*, PsychThG, § Rn.)
- Haage, Heinz: Zahnheilkundengesetz, 2. Online-Auflage, Nomos.  
(zitiert: *Haage*, ZHG, § Rn.)
- Haage, Heinz: Zur Gleichwertigkeit der Ärzteausbildung in Drittstaaten, in: MedR 2015, S. 655–660.  
(zitiert: *Haage*, MedR 2015, S.)
- Hader, Tobias: Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, Frankfurt am Main 2006, Peter Lang GmbH.  
(zitiert: *Hader*, Die Geschäftsführung ohne Auftrag als Anspruchsgrundlage bei gescheiterten Verträgen, S.)
- Hagemeyer, Fritz: Die Ansprüche des Arztes, Marburg 1933.  
(zitiert: *Hagemeyer*, Die Ansprüche des Arztes, S.)

- Hager, Johannes: Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermäßiger Vertragspflichten, in: JuS 1985, S. 264–270.  
(zitiert: *Hager*, JuS 1985, S.)
- Halfmeier, Axel: Inhalt des Kondiktionsanspruchs und Wegfall der Bereicherung, in: JA 2007, S. 492–497.  
(zitiert: *Halfmeier*, JA 2007, S.)
- Hammes, Klaus: Das Problem des § 817 S. 2 BGB – Insbesondere die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB bei der Rückforderung einer durch Verletzung der Preis- oder Bewirtschaftungsvorschriften bewirkten Leistung, in: JR 1950, S. 11–17.  
(zitiert: *Hammes*, JR 1950, S.)
- Hanau, Peter: Der rechtliche Status von Honorarärzten im Krankenhaus, in: MedR 2015, S. 77–90.  
(zitiert: *Hanau*, MedR 2015, S.)
- Hart, Dieter: Autonomiesicherung im Arzthaftungsrecht – Ein Beitrag zur Entkoppelung von ärztlicher Aufklärungspflicht und Körperverletzung, in: Festschrift für Helmut Heinrichs, München 1998, C.H. Beck, S. 291–318.  
(zitiert: *Hart*, FS Heinrichs, S.)
- Hartung, Manfred: Wissenszurechnung beim Unternehmenskauf, in: NZG 1999, S. 524–531.  
(zitiert: *Hartung*, NZG 1999, S.)
- Haueisen, Fritz: Der Wandel in der Beurteilung fehlerhafter Verwaltungsakte, in: DVBl. 1960, S. 913–922.  
(zitiert: *Haueisen*, DVBl. 1960, S.)
- Haueisen, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1954, S. 1425–1429.  
(zitiert: *Haueisen*, NJW 1954, S.)
- Haueisen, Fritz: Voraussetzungen und Folgen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, in: NJW 1962, S. 335–336.  
(zitiert: *Haueisen*, NJW 1962, S.)
- Haueisen, Fritz: Zur Frage der Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, in: NJW 1958, S. 1661–1663.  
(zitiert: *Haueisen*, NJW 1958, S.)
- Haupt, Günter: Über faktische Vertragsverhältnisse, in: Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Heinrich Siber Band 2, Leipzig 1943, Verlag Theodor Weicher, S. 1–37.  
(zitiert: *Haupt*, FS Siber, S.)
- Heberer, Jörg: Arzt und Recht, Berlin 2013, Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: *Heberer/Bearbeiter*, Arzt und Recht, S.)

- Heberer, Jörg: Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, 2. Auflage, Landsberg am Lech 2001, ecomed Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: *Heberer*, Das ärztliche Berufs- und Standesrecht, S.)
- Heck, Philipp: Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche, in: AcP 1925 S. 1–68.  
(zitiert: *Heck*, AcP 125, S.)
- Heintschel-Heinegg, Bernd von: Beck'scher Online-Kommentar StGB, 45. Edition, Stand 01.02.2020, München, C.H. Beck.  
(zitiert: BeckOK StGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Hellwig, Konrad: Grenzen der Rückwirkung, in: Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum, Giessen 1907, Verlag Alfred Töpelmann, S. 21–76.  
(zitiert: *Hellwig*, FS der juristischen Fakultät der Universität Giessen, S.)
- Helm, Johann Georg: Geschäftsführung ohne Auftrag – Welche Funktion erfüllt das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag? – Empfiehlt es sich, seinen Anwendungsbereich im Verhältnis zu anderen Rechtsinstituten neu abzugrenzen und die Regelung der Funktion des Rechtsinstitutes besser anzupassen?, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band III, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1983, Bundesanzeiger Verlagsgesellschaft mbH.  
(zitiert: *Helm*, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III, S.)
- Henssler, Martin: Grundfälle zu den Anspruchsgrundlagen im Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: JuS 1991, S. 924–930.  
(zitiert: *Henssler*, JuS 1991, S.)
- Henssler, Martin/Prütting, Hanns: Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar, 4. Auflage, München 2014, C.H. Beck.  
(zitiert: Henssler/Prütting/*Bearbeiter*, BRAO, § Rn.)
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus: juris Praxiskommentar BGB, 8. Auflage, Saarbrücken 2017, juris GmbH.  
Band 2 – Schuldrecht  
(zitiert: jurisPK BGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Herholz, Felix: Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung – Ein Rechtsgrund für negative Interessenansprüche trotz Rücktritt und Wandlung, in: AcP 1929, S. 257–324.  
(zitiert: *Herholz*, AcP 130, S.)
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, Heidelberg 1995, C.F. Müller.  
(zitiert: *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rn.)

- Hey, Felix Christopher: Die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: JuS 2009, S. 400–406.  
(zitiert: *Hey*, JuS 2009, S.)
- Heyder, Babett: Die Reichsärzteordnung von 1935 und ihre Folgen für den ärztlichen Berufsstand in den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur, Leipzig 1968.  
(zitiert: *Heyder*, Die Reichsärzteordnung von 1935 und ihre Folgen für den ärztlichen Berufsstand in den Jahren der nationalsozialistischen Diktatur, S.)
- Hönn, Günther: Zur Problematik fehlerhafter Arbeitsverhältnisse – Kritik einer arbeitsrechtlichen Sonderentwicklung und Kritik der Kritik der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: ZfA 1987, S. 61–93.  
(zitiert: *Hönn*, ZfA 1987, S.)
- Hoffmann, Hans-Joachim: Der Einfluss des Gefälligkeitsmoments auf das Haftungsmaß, in: AcP 1967, S. 394–409.  
(zitiert: *Hoffmann*, AcP 167, S.)
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard: Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1. Auflage, Baden Baden 1996, Nomos.  
(zitiert: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/*Bearbeiter*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, S.)
- Hofstetter, Ludwig: Arztrecht – Zulassung – Berufsausübung – Pflichtverletzungen, Erlangen 1991, perimed-Fachbuch-Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: *Hofstetter*, Arztrecht, S.)
- Hohloch, Gerhard: „Vertrauenshaftung“ – Beginn einer Konkretisierung?, in: NJW 1979, S. 2369–2374.  
(zitiert: *Hohloch*, NJW 1979, S.)
- Holzhauer, Heinz: Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, in: FamRZ 2006, S. 518–528.  
(zitiert: *Holzhauer*, FamRZ 2006, S.)
- Honsell, Heinrich: Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte – Eine rechtsgeschichtliche und rechtsvergleichende Untersuchung zu § 817 BGB, München 1974, C.H. Beck.  
(zitiert: *Honsell*, Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte, S.)
- Hopt, Klaus J.: Berufshaftung und Berufsrecht der Börsenbediensteten, Anlageberater und Vermögensverwalter, in: Festschrift für Robert Fischer, Berlin 1979, Walter de Gruyter, S. 237–261.  
(zitiert: *Hopt*, FS R. Fischer, S.)



- Hopt, Klaus J.: Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken – Gesellschafts-, bank- und börsenrechtliche Anforderungen an das Beratungs- und Verwaltungsverhalten der Kreditinstitute, München 1975, C.H. Beck.  
(zitiert: *Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, S.)
- Hopt, Klaus J.: Die Nichtigkeit von Darlehensverträgen bei Abschluss oder Vermittlung im Reisegewerbe – Rechtsprobleme der § 56 I Nr. 6 Rechtsprobleme § 134 BGB, in: NJW 1985, 1665–1670.  
(zitiert: *Hopt*, NJW 1985, S.)
- Hopt, Klaus J.: Nichtvertragliche Haftung außerhalb von Schadens- und Bereicherungsausgleich – Zur Theorie und Dogmatik des Berufsrechts und der Berufshaftung, in: AcP 1983, S. 610–718.  
(zitiert: *Hopt*, AcP 1983, S.)
- Horn, Norbert: Culpa in contrahendo, in: JuS 1995, S. 377–387.  
(zitiert: *Horn*, JuS 1995, S.)
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank: Arbeitsrecht Band 1 – Individualarbeitsrecht, 7. Auflage, Berlin Heidelberg 2018, Springer Verlag.  
(zitiert: *Hromadka/Maschmann*, ArbeitsR I § Rn.)
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band, 2. Auflage, Tübingen 1953, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S.)
- Hübner, Ulrich: Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm, in: Festschrift für Heinz Hübner, Berlin 1984, Walter de Gruyter, S. 487–503.  
(zitiert: *U. Hübner*, FS H. Hübner, S.)
- Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Berlin 1963, Vahlen.  
(zitiert: *Hueck/Nipperdey*, ArbeitsR, S.)
- Hufen, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 11. Auflage, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, S.)
- Huster, Stefan/Kaltenborn, Markus: Krankenhausrecht – Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, 2. Auflage, München 2017, C.H. Beck.  
(zitiert: *Huster/Kaltenborn/Bearbeiter*, § Rn.)
- Ipsen, Hans: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburg 1932, Kommissionsverlag von Lütcke und Wulff.  
(zitiert: *Ipsen*, Widerruf gültiger Verwaltungsakte, S.)

- Isensee, Josef (Hrsg.)/Kirchhof, Paul (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.  
Band 4: Aufgaben des Staates, 3. Auflage, Heidelberg 2006, C.F. Müller.  
(zitiert: *Bearbeiter*, HStR IV, § Rn.)  
Band 9: Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Auflage, Heidelberg 2011, C.F. Müller.  
(zitiert: *Bearbeiter*, HStR IX, § Rn.)
- Jachertz, Norbert: NS-Machtergreifung (II.) – Abwärts auf der schiefen Bahn, in: Deutsches Ärzteblatt 2008, Heft 15, S. A 781–A 784.  
(zitiert: *Jachertz*, Deutsches Ärzteblatt 2008, Heft 15, S.)
- Jacobi, Bernhard: Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, Hamburg 1966.  
(zitiert: *Jacobi*, Über die Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch, S.)
- Jacobi, Leonhard: Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte – Ein Beitrag zur Begriffslehre des deutschen bürgerlichen Rechts, in: AcP 1896, S. 51–154.  
(zitiert: *Jacobi*, AcP 86, S.)
- Jäger, Lothar: Bemessung des Schmerzensgeldes bei der Haftung aus Gefährdungshaftungstatbeständen, in: ZGS 2004, S. 217–220.  
(zitiert: *Jäger*, ZGS 2004, S.)
- Jäpel, Sebastian: Rechtliche Unmöglichkeit und gesetzliches Verbot, Baden-Baden 2014, Nomos Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: *Jäpel*, Gesetzliches Verbot, S.)
- Jakobs, Horst Heinrich: Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969, Ludwig Röhrscheid Verlag.  
(zitiert: *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S.)
- Janda, Constanze: Der ärztliche Aufklärungsfehler als haftungsrechtliches Problem, in: JZ 2012, S. 932–941.  
(zitiert: *Janda*, JZ 2012, S.)
- Janda, Constanze: Medizinrecht, 4. Auflage, Konstanz 2019, UVK Verlagsgesellschaft mbH.  
(zitiert: *Janda*, Medizinrecht, S.)
- Jansen, Nils: Gesetzliche Schuldverhältnisse – Eine historische Strukturanalyse, in: AcP 2016, S. 112–233.  
(zitiert: *Jansen*, AcP 216, S.)
- Jansen, Nils: Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?, in: ZEuP 2007, S. 958–991.  
(zitiert: *Jansen*, ZEuP 2007, S.)
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, Unveränderter Neudruck der 3. Auflage von 1931, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1966, Verlag Dr. Max Gehlen.  
(zitiert: *Jellinek*, Verwaltungsrecht, S.)

- Jerger, Christoph: Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche bei Schwarzarbeit,  
in: NZBau 2014, S. 415–420.  
(zitiert: *Jerger*, NZBau 2014, S.)
- Jerger, Christoph: Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zu-  
lasten des Täuschenden, Bielefeld 2016, Gieseking Verlag.  
(zitiert: *Jerger*, Der Ausschluss der Rückforderung erbrachter Leistungen zu-  
lasten des Täuschenden, S.)
- Jerouschek, Günter: Psychotherapeutengesetz – Kommentar, München 2004,  
C.H. Beck.  
(zitiert: *Jerouschek*, § Rn.)
- Jessnitzer, Kurt/Blumberg, Hanno: Bundesrechtsanwaltsordnung – Kommentar,  
9. Auflagen, München 2000, Carl Heymanns.  
(zitiert: *Jessnitzer/Blumberg*, BRAO, § Rn.)
- Jhering, Rudolf: Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder  
nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: Jahrbücher für die Dogmatik des  
heutigen römischen und deutschen Privatrechts Band 4, Jena 1861, Verlag  
Friedrich Mauke.  
(zitiert: *Jhering*, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und  
deutschen Privatrechts Band 4, S.)
- Joeks, Wolfgang/Miebach, Klaus: Münchner Kommentar zum StGB  
Band 4, 3. Auflage, München 2017, C.H. Beck.  
(zitiert: MüKo StGB/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Jost, Erwin: Geschäftsführung ohne Auftrag und Erfüllung einer Nichtschuld als  
Quasikontrakte im französischen Zivilrecht, Bielefeld 1970, Verlag Ernst und  
Werner Gieseking.  
(zitiert: *Jost*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S.)
- Joussen, Jacob: Der Vertrauensschutz im fehlerhaften Arbeitsverhältnis, in: NZA  
2006, S. 963–967.  
(zitiert: *Joussen*, NZA 2006, S.)
- Jung, Eberhard: Das Recht auf Gesundheit – Versuch der Grundlegung des Ge-  
sundheitsrechts der Bundesrepublik Deutschland, München 1982, C.H. Beck.  
(zitiert: *Jung*, Das Recht auf Gesundheit, S.)
- Jungnickel, Sebastian/Meinel, Gernod: Aufklärungsdefizit und verwirklichtes  
Risiko – Zum Schutzbereich der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: MDR  
1988, 456–458.  
(zitiert: *Jungnickel/Meinel*, MDR 1988, S.)
- Kaehler, Christian-Michael: Bereicherungsrecht und Vindikation – Allgemeine  
Prinzipien der Restitution dargestellt am deutschen und englischen Recht,  
Bielefeld 1972, Verlag Ernst und Werner Gieseking.  
(zitiert: *Kaehler*, Bereicherungsrecht und Vindikation, S.)

- Kahl, Wilhelm: Der Arzt im Recht, in: JW 1930, S. 1545–1549.  
(zitiert: *Kahl*, JW 1930, S.)
- Kakatsakis, Spyridon: Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, Tübingen 2007, Köhler Druck.  
(zitiert: *Kakatsakis*, Die culpa in contrahendo nach neuem Schuldrecht, S.)
- Kalenborn, Tristan: Die praktische Konkordanz in der Fallbearbeitung, in: JA 2016, S. 6–12.  
(zitiert: *Kalenborn*, JA 2016, S.)
- Karlstedt, Thomas: Die Eigenhaftung des Insolvenzverwalters aus Garantiefhaftung und culpa in contrahendo, Halle (Saale) 2013, Verlag Dr. Kovac.  
(zitiert: *Karlstedt*, Die Eigenhaftung des Insolvenzverwalters aus Garantiefhaftung und culpa in contrahendo, S.)
- Kanzler, Oliver: Rückabwicklung von Beratungsverträgen in der Aktiengesellschaft, in: AG 2013, S. 554–561.  
(zitiert: *Kanzler*, AG 2013, S.)
- Kappel, Jan/Kienle, Florian: „Punitive Damage“? – Finanzielle Risiken für Schmiergeld zahlenden Firmen, in: WM 2007, S. 1441–1446.  
(zitiert: *Kappel/Kienle*, WM 2007, S.)
- Katzenmeier, Christian: Arzthaftung, Tübingen 2002, Mohr (Paul Siebeck)  
(zitiert: *Katzenmeier*, Arzthaftung, S.)
- Katzenmeier, Christian: Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, in: NJW 2013, S. 817–823.  
(zitiert: *Katzenmeier*, NJW 2013, S.)
- Katzenmeier, Christian: Ein Sonderstraftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: ZRP 1997, S. 156–161.  
(zitiert: *Katzenmeier*, ZRP 1997, S.)
- Katzenmeier, Christian: Schuldrechtsmodernisierung und Schadensersatzrechtsänderung – Umbruch in der Arzthaftung, in: VersR 2002, S. 1066–1078.  
(zitiert: *Katzenmeier*, VersR 2002, S.)
- Kaufmann, Arthur: Analogie und „Natur der Sache“ – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 2. Auflage, Heidelberg 1982, R. v. Decker’s Verlag, G. Schenk und C.F. Müller.  
(zitiert: *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S.)
- Kern, Bernd-Rüdiger: Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?, in: AcP 1991, S. 247–272.  
(zitiert: *Kern*, AcP 191, S.)
- Kern, Bernd-Rüdiger: Die zivilrechtliche Beurteilung von Schwarzarbeitsverträgen, in: Festschrift für Gernhuber, Tübingen 1993, Mohr (Paul Siebeck) S. 191–206.  
(zitiert: *Kern*, FS Gernhuber, S.)

- Kern, Bernd-Rüdiger: Einwilligung in die Heilbehandlung von Kindern durch minderjährige Eltern, in: MedR 2005, S. 628–631.  
(zitiert: *Kern*, MedR 2005, S.)
- Kern, Bernd-Rüdiger: Haftungsrechtliche Fragen und Probleme des ambulanten Operierens, in: NJW 1996, S. 1561–1564.  
(zitiert: *Kern*, NJW 1996, S.)
- Kessler, Friedrich: Der Schutz des Vertrauens bei Vertragsverhandlungen in der neueren amerikanischen Rechtsprechung, in: Festschrift für von Caemmerer, Tübingen 1978, Mohr (Paul Siebeck), S. 873–890.  
(zitiert: *Kessler*, FS von Caemmerer, S.)
- Kett-Straub, Gabriele/Sipos-Lay, Iris: § 630 c Abs. 2 S. 2 BGB im Spannungsfeld von Patientenrechten und dem Nemo tenetur-Grundsatz, in: MedR 2014, S. 867–876.  
(zitiert: *Kett-Straub/Sipos-Lay*, MedR 2014, S.)
- Kiel, Heinrich/Lunk, Stefan/Oetker, Hartmut: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
Band 1: Individualarbeitsrecht I.  
(zitiert: Münchener Handbuch Arbeitsrecht/*Bearbeiter*, Bd. 1, § Rn.)
- Kimminich, Otto: Die Rückwirkung von Gesetzen. Zu dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1961, in: JZ 1962, S. 518–524.  
(zitiert: *Kimminich*, JZ 1962, S.)
- Kimminich, Otto: Rücknahme und Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, JuS 1965, S. 249–259.  
(zitiert: *Kimminich*, JuS 1965, S.)
- Kisker, Gunter: Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 1974, S. 149–193.  
(zitiert: *Kisker*, VVDStRL 1974, S.)
- Kleine-Cosack, Michael: Bundesrechtsanwaltsordnung mit Berufs- und Fachanwaltsordnung, 7. Auflage, München 2015, C.H. Beck.  
(zitiert: *Kleine-Cosack*, BRAO, § Rn.)
- Kleine-Cosack, Michael: Rechtsstaat und freie Advokatur im Stasi-Strudel – Fragwürdige Säuberungsversuche der Anwaltschaft, in: NJ 1992, 329–335.  
(zitiert: *Kleine-Cosack*, NJW 1992, S.)
- Kleine-Cosack, Michael: Verschärfte Voraussetzungen beim Widerruf freiberuflicher Zulassungen – Zuverlässigkeitsprüfung und Gefahrenprognose, in: NJW 2004, S. 2473–2480.  
(zitiert: *Kleine-Cosack*, NJW 2004, S.)
- Kleinewefers, Herbert: Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, in: VersR 1962, S. 197–205.  
(zitiert: *Kleinewefers*, VersR 1962, S.)

- Kleuser, Michael: Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes – unter besonderer Berücksichtigung der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten nach einem Behandlungszwischenfall, Köln 1994.  
(zitiert: *Kleuser*, Die Fehleroffenbarungspflicht des Arztes, S.)
- Klöhn, Lars: Die Konditionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß – Ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, in: AcP 2010, S. 804–856.  
(zitiert: *Klöhn*, AcP 210, S.)
- Knack, Hans Joachim/Henneke, Hans- Günter: Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) – Kommentar, 9. Auflage, Köln 2010, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Bearbeiter* in: Knack/Henneke, VwVfG, § Rn.)
- Knoke, Ulrich: Rechtsfragen der Rücknahme von Verwaltungsakten – Zur Dogmatik und Kritik der Rücknahmebestimmungen der Verwaltungsverfahrensgesetze, Berlin 1989, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Knoke*, Rechtsfragen Rücknahme, S.)
- Knüpling, Harm: Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärzteordnung von 1935, Berlin 1965.  
(zitiert: *Knüpling*, Untersuchungen zur Vorgeschichte der Deutschen Ärzteordnung von 1935, S.)
- Köbl, Ursula: Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB – Zugleich ein Beitrag zur Konkurrenzlehre, Berlin 1971, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Köbl*, Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, S.)
- Köhler, Helmut: BGB Allgemeiner Teil – Ein Studienbuch, 42. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: *Köhler*, BGB AT, § Rn.)
- Köhler, Helmut: Einschränkungen der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, in: JuS 2010, 665–670.  
(zitiert: *Köhler*, JuS 2010, S.)
- Köhler, Helmut: Schwarzarbeitsverträge: Wirksamkeit, Vergütung, Schadensersatz, in: JZ 1990, S. 466–472.  
(zitiert: *Köhler*, JZ 1990, S.)
- Köhler, Helmut: Wettbewerbsverstoß und Vertragsnichtigkeit, in: JZ 2010, S. 767–774.  
(zitiert: *Köhler*, JZ 2010, S.)
- Köndgen, Johannes: Die Geschäftsführung ohne Auftrag im Wandel der Zeit – Versuch einer Ehrenrettung, in: Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, Heidelberg 1999, C.F. Müller, S. 371–393.  
(zitiert: *Köndgen*, Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, S.)

- Köndgen, Johannes: Selbstbindung ohne Vertrag – Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S.)
- Kötter, Hans-Wilhelm: Zur Rechtsnatur der Leistungskondiktion, in: AcP 1953, S. 193–239.  
(zitiert: *Kötter*, AcP 153, S.)
- Kötz, Hein: Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetzes- und Sittenwidrigkeit: eine rechtsvergleichende Skizze, in: Rabels Zeitschrift für ausländische und internationales Privatrecht, S. 209–231.  
(zitiert: *Kötz*, RabelsZ 1994, S.)
- Kötz, Hein/Wagner, Gerhard: Deliktsrecht, 13. Auflage, München 2016, Vahlen.  
(zitiert: *Kötz/Wagner*, DeliktsR Rn.)
- Kohte, Wolfhard: Die rechtfertigende Einwilligung, in: AcP 1985, S. 105–161.  
(zitiert: *Kohte*, AcP 185, S.)
- Kohler, Jürgen: Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung, in: JZ 2002, S. 682–696.  
(zitiert: *Kohler*, JZ 2002, S.)
- Kohte, Wolfhard: Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung – Ein Beitrag zur Differenzierung der Rechtsfolgen unerlaubter Rechtsgeschäfte, in: NJW 1982, 2803–2807.  
(zitiert: *Kohte*, NJW 1982, S.)
- Koller, Ingo/Roth, Herbert/Zimmermann, Reinhard: Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002, C.H. Beck.  
(zitiert: *Koller/Roth/Zimmermann*, SMG 2002, S.)
- Konzen, Horst: Arbeitsrechtliche Drittbeziehungen – Gedanken über Grundlagen und Wirkungen der „gespaltenen Arbeitgeberstellung“, in: ZfA 1982, S. 259–310.  
(zitiert: *Konzen*, ZfA 1982, S.)
- Kopp, Ferdinand: Um eine neue Begründung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, in: BayVBl. 1980, S. 38–40.  
(zitiert: *Kopp*, BayVBl. 1980, S.)
- Kopp, Ferdinand/Ramsauer, Ullrich: Verwaltungsverfahrensgesetz, 20. Auflage, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § Rn.)
- Koppensteiner, Hans-Georg/Kramer, Ernst A.: Ungerechtfertigte Bereicherung, 2. Auflage, Berlin 1988, De Gruyter.  
(zitiert: *Koppensteiner/Kramer*, Ungerechtfertigte Bereicherung, S.)
- Kormann, Karl: System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, Berlin 1910, Springer.  
(zitiert: *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte, S.)
- Koslowski, Günter: Steuerberatungsgesetz, 7. Auflage, München 2015, C.H. Beck.  
(zitiert: *Koslowski*, Steuerberatungsgesetz, § Rn.)

- Krafczyk, Wolfgang: Widerruf der ärztlichen Approbation nach langer Dauer des Strafverfahrens – Kann sich ein berufsunwürdig gewordener Arzt inzwischen bewähren?, in: *GesR* 2009, S. 350–354.  
(zitiert: *Krafczyk*, *GesR* 2009, S.)
- Krahl, Elisabeth: Die Entstehung der Gewerbeordnung von 1869, Jena 1937, Universitätsbuchbinderei Gustav Neuenhahn.  
(zitiert: *Krahl*, Die Entstehung der Gewerbeordnung von 1869, S.)
- Kramer, Rainer: Der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot und die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§134 BGB), Mainz 1976.  
(zitiert: *Kramer*, Verstoß gegen gesetzliches Verbot, S.)
- Kramer, Wolfgang: Die formularmäßige Spaltung des Krankenhausvertrages: ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz, in: *NJW* 1996, S. 2398–2404.  
(zitiert: *Kramer*, *NJW* 1996, S.)
- Krampe, Christoph: Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln – Eine Bestandsaufnahme zur neuen Rechtsprechung und Literatur, in: *AcP* 1994, S. 1–41.  
(zitiert: *Krampe*, *AcP* 194, S.)
- Krausnick, Daniel: Grundfälle zu §§ 48, 49 VwVfG, in: *JuS* 2010, S. 681–685.  
(zitiert: *Krausnick*, *JuS* 2010, S.)
- Krebber, Sebastian: Der nicht zufällige Kontrakt ohne Vertragsnähe auf der Grenze zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung – Eine Untersuchung zu § 311 Abs. 2 und 3 BGB, in: *VersR* 2004, S. 150–157.  
(zitiert: *Krebber*, *VersR* 2004, S.)
- Krebs, Peter: Sonderverbindung und außerdeliktsche Schutzpflichten, München 2000, C.H. Beck.  
(zitiert: *Krebs*, Sonderverbindungen und außervertragliche Schutzpflichten, S.)
- Kress, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts, unveränderter Neudruck, Aalen 1974, Scientia Verlag.  
(zitiert: *Kress*, Allgemeines Schuldrecht, S.)
- Krey, Volker/Esser, Robert: Deutsches Strafrecht – Allgemeiner Teil – Studienbuch in systematischer-induktiver Darstellung, 6. Auflage, Stuttgart 2016, Kohlhammer.  
(zitiert: *Krey/Esser*, *StrafR AT*, Rn.)
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred/Hellmann, Uwe: Strafrecht Besonderer Teil – Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung, Band 1: Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte, 16. Auflage, Stuttgart 2015, Kohlhammer.  
(zitiert: *Krey/Heinrich/Hellmann*, *StrafR BT I*, Rn.)
- Kruis, Tobias: Plädoyer für eine einheitliche Auslegung des Glücksspielbegriffs in § 284 StGB, § 33h GewO und 3 I GlüStV, in: *NVwZ* 2012, S. 797–801.  
(zitiert: *Kruis*, *NVwZ* 2012, S.)



- Krückmann, Paul: Unwürdigkeit, in: Archiv für bürgerliches Recht, Band 40, S. 41–49.  
(zitiert: *Krückmann*, ArchivBürgR 40, S.)
- Krüger, Herbert: Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart 1966, W. Kohlhammer.  
(zitiert: *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, S.)
- Kuhls, Clemens u.a.: Kommentar zum Steuerberatungsgesetz – Praktikerkommentar mit Schwerpunkten zum Berufsrecht der Steuerberater, 3. Auflage, Herne 2012, NWB Verlag.  
(zitiert: *Kuhls/Bearbeiter*, Steuerberatungsgesetz, § Rn.)
- Kuhns, Richard: Das gesamte Recht der Heilberufe, Berlin 1958, Haasensteinsche Verlagsbuchhandlung.  
(zitiert: *Kuhns*, Das gesamte Recht der Heilberufe, Teil/Seite)
- Kutlu, Aygün: AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, Heidelberg 2006, Springer Verlag.  
(zitiert: *Kutlu*, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, S.)
- Lackum, Eugen von: Verschmelzung und Neuordnung von „culpa in contrahendo“ und „positiver Vertragsverletzung“ – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom „einheitlichen Schutzverhältnis“, Bonn 1970.  
zitiert: *von Lackum*, Verschmelzung und Neuordnung von „culpa in contrahendo“ und „positiver Vertragsverletzung“, S.)
- Lammel, Siegbert: Theorie und Praxis der Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStrG, in: NZM 1999, 989–995.  
(zitiert: *Lammel*, NZM 1999, S.)
- Lammel, Siegbert: Zur Auskunftshaftung, in: AcP 1979, S. 337–365.  
(zitiert: *Lammel*, AcP 179, S.)
- Lang, Volker: Einmal mehr: Berufsrecht, Berufspflichten und Berufshaftung – Gedanken zu Inhalt und Dogmatik eines Berufsrechtes am Beispiel bankrechtlicher Informationspflichten, in: AcP 2001, S. 451–579.  
(zitiert: *Lang*, AcP 201, S.)
- Lange, Gerhard: Über die rückwirkende Aufhebung rechtswidriger, begünstigender Verwaltungsakte, in: DÖD 1956, S. 221–223.  
(zitiert: *Lange*, DÖD 1956, S.)
- Lange, Klaus: Probleme des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, in: WiVerw 1979, S. 15–36.  
(zitiert: *Lange*, WiVerw 1979, S.)
- Lange, Klaus: Vertrauensschutz nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, in: JURA 1980, S. 456–468.  
(zitiert: *Lange*, JURA 1980, S.)

- Lange, Knut Werner: Die Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag im Mietrecht, in: ZGS 2009, S. 442–447.  
(zitiert: *Lange*, ZGS 2009, S.)
- Larenz, Karl: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts – Ein Lehrbuch, 7. Auflage, München 1989, C.H. Beck.  
(zitiert: *Larenz*, BGB AT, S.)
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts – Band I – Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, C.H. Beck.  
(zitiert: *Larenz*, SchuldR AT, S.)
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts – Band II – Halbband 2 Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1994 C.H. Beck.  
(zitiert: *Larenz/Canaris*, SchuldR BT II/2, S.)
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. (neu bearbeitete) Auflage, Berlin 1995, Springer.  
(zitiert: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S.)
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, C.H. Beck.  
(zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB AT (9. Auflage), § Rn.)
- Laufs, Adolf: Die Ärzte-GmbH und das Berufsrecht, in: MedR 1995, S. 11–16.  
(zitiert: *Laufs*, MedR 1995, S.)
- Laufs, Adolf: Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktische Rechtsfolge, in: NJW 1974, S. 2025–2030.  
(zitiert: *Laufs*, NJW 1974, S.)
- Laufs, Adolf: Zur deliktsrechtlichen Problematik ärztlicher Eigenmacht, in: NJW 1969, S. 529–533.  
(zitiert: *Laufs*, NJW 1969, S.)
- Laufs, Adolf/Katzenmeier, Christian/Lipp, Volker: Arztrecht, 7. Auflage, München 2015, C.H. Beck.  
(zitiert: *Laufs/Katzenmeier/Lipp/Bearbeiter*, S.)
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin: Handbuch des Arztrechts, 5. Auflage, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Laufs/Kern/Rehborn/Bearbeiter*, § Rn.)
- Leipold, Dieter: BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Tübingen 2015, Mohr Siebeck.  
(*Leipold*, BGB AT, S.)
- Lenz, Karl-Heinz: Das Vertrauensschutz-Prinzip – Zugleich eine notwendige Besinnung auf die Grundlagen unserer Rechtsordnung, Berlin 1968, Walter de Gruyter und Co.  
(zitiert: *Lenz*, Das Vertrauensschutz-Prinzip, S.)

- Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des BGB Band 2, München und Leipzig 1931, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Leonhard*, SchuldR BT II, S.)
- Lepa, Manfred: Die Wandlungen des Schmerzensgeldanspruchs und ihre Folgen, in: Festschrift für Gerda Müller, Köln 2009, Carl Heymanns Verlag, S. 113–127.  
(zitiert: *Lepa*, FS G. Müller, S.)
- Leusing, Britta: „McUniversity“: Innerstaatliches Franchising von Studiengängen – Ein Graubereich im deutschen Hochschulsektor, in: HM 02/2012, S. 53–59.  
(zitiert: *Leusing*, HM 02/2012, S.)
- Linckelmann, Karl: Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Berlin 1898, Heymann.  
(zitiert: *Linckelmann*, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, S.)
- Loewenwarter, Victor: Lehrkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Dritter Band – Recht der Schuldverhältnisse – Besonderer Teil, Berlin 1928, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Loewenwarter*, Lehrkommentar BGB III, S.)
- Looschelders, Dirk: Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 2016, Verlag Franz Vahlen.  
(zitiert: *Looschelders*, SchuldR AT, Rn.)
- Looschelders, Dirk: Schuldrecht – Besonderer Teil, 12. Auflage, München 2017, Verlag Franz Vahlen.  
(zitiert: *Looschelders*, SchuldR BT, Rn.)
- Lorenz, Egon: Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“ – Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB, Berlin 1981, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Lorenz*, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, S.)
- Lorenz, Egon: Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten, in: Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, Luchterhand, S. 261–277.  
(zitiert: *Lorenz*, FS Wiese, S.)
- Lorenz, Stephan: Gescheiterte Vertragsbeziehungen zwischen Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsrecht: späte Einsicht des BGH?, in: NJW 1996, S. 883–887.  
(zitiert: *Lorenz*, NJW 1996, S.)
- Lorenz, Stephan: Grundwissen – Zivilrecht: Geschäftsführung ohne Auftrag (GoA), in: JuS 2016, S. 12–15.  
(zitiert: *Lorenz*, JuS 2016, S.)

- Lotmar, Philipp: Der Arbeitsvertrag – Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches Band 2, Leipzig 1908, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag II, S.)
- Lotz, Klaus Werner: Zum Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, in: *WiVerw* 1979, S. 1–15.  
(zitiert: *Lotz*, *WiVerw*, S.)
- Loyal, Florian: Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag – Grundlagen und Grenzen eines außervertraglichen Leistungsaustauschs, Tübingen 2011, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Loyal*, Die „entgeltliche“ Geschäftsführung ohne Auftrag, S.)
- Lüsing, Jan: Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung – Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag, Baden Baden 2010, Nomos Verlag.  
(zitiert: *Lüsing*, Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung, S.)
- Luig, Klaus: Der Arztvertrag, in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht), München 1974, Verlag Franz Vahlen S. 123–257.  
(zitiert: *Luig*, Der Arztvertrag, S.)
- Lux, Jochen: Kommt dem Arztvertrag Geschäftsbesorgungscharakter zu? – Auskunft-, Einsichtnahme- und Herausgabepflichten des Arztes, in: *GesR* 2004, S. 6–10.  
(zitiert: *Lux*, *GesR* 2004, S.)
- Mailänder, Karl Peter: Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Karlsruhe 1964, Verlag Versicherungswirtschaft e.V.  
(zitiert: *Mailänder*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, S.)
- Mainka, Johannes: Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Bonn 1963, Ludwig Röhrscheid Verlag.  
(*Mainka*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, S.)
- Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael: Verwaltungsverfahrensgesetz – Großkommentar, 2. Auflage, Baden- Baden 2019, Nomos Verlagsgesellschaft.  
(zitiert: Mann/Sennekamp/Uechtritz/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Martinek, Michael/Theobald, Uwe: Grundfälle zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag – 3. Teil. Der pflichtengebundene Geschäftsführer, in: *JuS* 1997, S. 992–998.  
(zitiert: *Martinek/Theobald*, *JuS* 1997, S.)
- Martini, Mario: Die Aufhebung von Verwaltungsakten nach §§ 48 ff. VwVfG – Vertrauensschutz bei der Rücknahme (§ 48 II, III VwVfG), in: *JA* 2012, S. 830–834.  
(zitiert: *Martini*, *JA* 2012, S.)

- Martis, Rüdiger/Winkhart-Martis, Martina: Arzthaftungsrecht, 5. Auflage, Köln 2018, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.  
(zitiert: *Martis/Winkhart*, Arzthaftungsrecht, Rn.)
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz – Kommentar – 88. Ergänzungslieferung, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*, Art. Rn.)
- Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian: Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Auflage, München 2017, C.H. Beck.  
(zitiert: *Maurer/Waldhoff/Bearbeiter*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § Rn.)
- Maurer, Hartmut: Das Vertrauensschutzprinzip bei Rücknahme und Widerruf von Verwaltungsakten, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Richard Boorberg Verlags, Stuttgart 1977, Boorberg Verlag, S. 223–255.  
(zitiert: *Maurer*, FS Boorberg Verlag, S.)
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Erster Band, 1. Auflage, Leipzig 1895, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht I, S.)
- Mayer-Maly, Theo: Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruhe 1971, C.F. Müller.  
(zitiert: *Mayer-Maly*, Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit, S.)
- Mayer-Maly, Theo: Rechtsirrtum und Bereicherung, in: Festschrift für Heinrich Lange, München 1970, C.H. Beck, S. 292–304.  
(zitiert: *Mayer-Maly*, FS Lange, S.)
- Medicus, Dieter: Die verschärfte Haftung des Bereicherungsschuldners, in: JuS 1993, S. 705–710.  
(zitiert: *Medicus*, JuS 1993, S.)
- Medicus, Dieter: Probleme um das Schuldverhältnis, Berlin 1987, Walter de Gruyter.  
(zitiert: *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S.)
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan: Schuldrecht II – Besonderer Teil – Ein Studienbuch, München 2014, C.H. Beck Auflage?  
(zitiert: *Medicus/Lorenz*, SchuldR II, Rn.)
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Auflage, Heidelberg 2016, C.F. Müller.  
(zitiert: *Medicus/Petersen*, BGB AT, Rn.)
- Medicus, Dieter/Petersen, Jens: Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 26. Auflage, München 2017, Vahlen.  
(zitiert: *Medicus/Petersen*, Rn.)

- Melullis, Klaus-Jürgen: Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung – Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom sachlichen Geltungsbereich beider Institute, Hamburg 1972, Druck- und Verlagsanstalt Werner Blasaditsch.  
(zitiert: *Melullis*, Das Verhältnis von Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung, S.)
- Menger, Christian-Friedrich: Höchststrichterliche Rechtsprechung um Verwaltungsrecht, in: *VerwArch* 1958, S. 73–84.  
(zitiert: *Menger*, *VerwArch* 1958, S.)
- Menger, Christian-Friedrich: Höchststrichterliche Rechtsprechung um Verwaltungsrecht, in: *VerwArch* 1959, S. 77–92.  
(zitiert: *Menger*, *VerwArch* 1959, S.)
- Michael, Lothar/Morlok, Martin: Grundrechte, 6. Auflage, Baden Baden 2017, Nomos.  
(zitiert: *Michael/Morlok*, Grundrechte, Rn.)
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, 12. Auflage, Berlin 1978, Walter de Gruyter.  
(zitiert: *RGRK/Bearbeiter*, § Rn.)
- Müller, Gerda: Aufklärungsfehler als Grundlage ärztlicher Haftung, in: *FS Geiß*, Köln 2000, Heymann Verlag, S. 461–475.  
(zitiert: *Gerda Müller*, *FS Geiß*, S.)
- Müller, Gerda: Macht und Grenzen ärztlichen Handelns, in: *GesR* 2004, S. 257–266  
(zitiert: *Gerda Müller*, *GesR* 2004, S.)
- Müller, Harald: Der Fremdgeschäftsführungswille – eine kritische Bestandsaufnahme, Pforzheim 1980.  
(zitiert: *Müller*, *Der Fremdgeschäftsführungswille*, S.)
- Müller, Ullrich: Die Haftung des Stellvertreters bei culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, in: *NJW* 1969, S. 2169–2175.  
(zitiert: *Müller*, *NJW* 1969, S.)
- Müller-Graf, Peter-Christian: Die Geschäftsverbindung als Schutzpflichtverhältnis – Am Beispiel unentgeltlicher Leistungen, in: *JZ* 1976, S. 153–156.  
(zitiert: *Müller-Graf*, *JZ* 1976, S.)
- Müller-Graf, Peter-Christian: Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht, Tübingen 1973.  
(zitiert: *Müller-Graf*, *Rechtliche Auswirkungen einer laufenden Geschäftsverbindung im amerikanischen und deutschen Recht*, S.)

- Mugdan, Benno: Die gesammelten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich.  
1. Band. Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil.  
2. Band. Recht der Schuldverhältnisse.  
(zitiert: *Mugdan* Band Nr., S.)
- Mussgnug, Reinhard: Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Richterrecht und Gesetzesrecht, in: Richterliche Rechtsfortbildung – Erscheinungsformen, Auftrag und Grenzen – Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karl-Universität Heidelberg, Heidelberg 1986, C.F. Müller, S. 203–229.  
(zitiert: *Mussgnug*, FS Universität Heidelberg, S.)
- Narr, Helmut/Hübner, Marlis: Ärztliches Berufsrecht – Ausbildung, Weiterbildung, Berufsausübung, 2. Auflage, 28. Ergänzungslieferung, Köln 2018, Deutscher Ärzteverlag.  
(zitiert: *Narr/Bearbeiter*, Rn.)
- Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Stuttgart 1949, W. Kohlhammer.  
(zitiert: *Nebinger*, Verwaltungsrecht, S.)
- Neuffer, Hans-Martin: Der pflichtengebundene Geschäftsführer ohne Auftrag, München 1970, Dissertationsdruck Schön.  
(*Neuffer*, Der pflichtengebundene Geschäftsführer, S.)
- Neuhäuser, Robert: Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, Hamburg 1921.  
(zitiert: *Neuhäuser*, Die Erschleichung rechtsgeschäftlicher Verwaltungsakte durch Täuschung der Behörden, S.)
- Neumann, Hugo: Jahrbuch des Deutschen Rechts, 4. Jahrgang, Berlin 1906, Verlag Franz Vahlen.  
(zitiert: *Neumann*, Jahrbuch des Deutschen Rechts, 4. Jahrgang, § Ziffer)
- Niederländer, Hubert: Nemo turpitudinem suam allegans auditur – Ein rechtsvergleichender Versuch, in: FS Gutzwiller, Vaduz 1977, Topos Verlag AG, S. 621–638.  
(zitiert: *Niederländer*, FS Gutzwiller, S.)
- Nirk, Rudolf: Culpa in Contrahendo – Eine geglückte richterliche Rechtsfortbildung – Quo vadis?, in: Festschrift für Philipp Möhring, München 1975, C.H. Beck, S. 71–100.  
(zitiert: *Nirk*, FS Möhring S.)
- Nolte, Heinrich: Die Ansprüche gegen den Ehemann bei der Behandlung seiner Ehefrau und Kinder durch den Arzt unter besonderer Berücksichtigung der ärztlichen Operation im gesetzlichen Güterstand des BGB, und in der allgemeinen Gütergemeinschaft, Göttingen 1927.  
(zitiert: *Nolte*, Die Ansprüche gegen den Ehemann, S.)

- Nüßgens, Karl: Zur hypothetischen Einwilligung des Patienten, in: Festschrift für Rudolf Nirk, München 1992, S. 745–758.  
(zitiert: *Nüßgens*, FS Nirk, S.)
- Nüßgens, Karl: Zwei Fragen zur zivilrechtlichen Haftung des Arztes – Zugleich ein Beitrag zum Grenzbereich zwischen Haftung für eigenmächtigen ärztlichen Heileingriff und Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts durch beweisrechtliche Mittel, in: Festschrift für Fritz Hauß, Karlsruhe 1978, Verlag Versicherungswirtschaft e.V., S. 287–301.  
(zitiert: *Nüßgens*, FS Hauß, S.)
- Obermayer, Klaus/Funke-Kaiser, Michael: VwVfG Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Auflage, Köln 2014, Luchterhand Verlag (Wolters Kluwer Deutschland GmbH).  
(zitiert: *Obermayer/Funke-Kaiser/Bearbeiter*, § Rn.)
- Oertmann, Paul: Privatrechtliche Folgen der Überschreitung von Höchstpreisen, JW 1917, 255–257.  
(zitiert: *Oertmann*, JW 1917, S.)
- Oertmann, Paul: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen – Zweites Buch – Recht der Schuldverhältnisse – Zweite Abteilung – §§ 433 bis 853, 5. Auflage, Berlin 1929, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Oertmann*, BGB, §)
- Ohly, Ansgar: „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S.)
- Ossenbühl, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, Berlin 1964, Walter de Gruyter und Co.  
(zitiert: *Ossenbühl*, Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S.)
- Ossenbühl, Fritz: Die Rücknahme von Wohngeldbescheiden und die Rückforderung gezahlter Wohngelder, in: DÖV 1967, S. 246–254.  
(zitiert: *Ossenbühl*, DÖV 1967, S.)
- Ossenbühl, Fritz: Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, in: DÖV 1972, S. 25–36.  
(zitiert: *Ossenbühl*, DÖV 1972, S.)
- Ossenbühl, Fritz: Verzicht, Verwirkung und Verjährung als Korrektive einer polizeilichen Ewigkeitshaftung, in: NVwZ 1995, S. 547–550.  
(zitiert: *Ossenbühl*, NVwZ 1995, S.)
- Ossenbühl, Fritz: Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte – Betrachtungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), in: DÖV 1964, S. 511–521.  
(zitiert: *Ossenbühl*, DÖV 1964, S.)



- Pansegrau, Jürgen: Die Fortwirkung der römischrechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze in der Rechtsprechung des Reichsgerichts: Zur Vorgeschichte des § 134 BGB, Göttingen 1989, Muster-Schmidt Verlag.  
(zitiert: *Pansegrau*, Fortwirkung der römischrechtlichen Dreiteilung der Verbotsgesetze, S.)
- Paulus, Andreas/Nölscher, Patrick: Eigentum und Investitionsschutz nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Atomausstieg, in: Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, 1. Auflage, Baden Baden 2018, Nomos.  
(zitiert: *Paulus/Nölscher*, in: Ludwigs/Remien, Investitionsschutz, Schiedsgerichtsbarkeit und Rechtsstaat in der EU, S.)
- Pawlowski, Hans-Martin: Allgemeiner Teil des BGB – Grundlehren des bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, Heidelberg 2003, C.F. Müller.  
(zitiert: *Pawlowski*, BGB AT, Rn.)
- Pawlowski, Hans-Martin: Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen – Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht –, Göttingen 1966, Verlag Otto Schwartz.  
(zitiert: *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, S.)
- Pawlowski, Hans-Martin: Zum Umfang der Nichtigkeit bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Verbotsgesetze (§§ 35, 210 AVAVG), in: JZ 1966, S. 696–700.  
(zitiert: *Pawlowski*, JZ 1966, S.)
- Peter, Christof: Probleme bei der Behandlung und Rückabwicklung wegen Verstoßes gegen § 134 BGB nichtiger Dienst- und Werkverträge – Teil 2, in: JA 2014, 333–337.  
(zitiert: *Peter*, JA 2014, S.)
- Peters, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin 1949, Springer.  
(zitiert: *Peters*, Lehrbuch der Verwaltung, S.)
- Peters, Frank: Zur Verjährung der Ansprüche aus culpa in contrahendo und positiver Forderungsverletzung, in: VersR 1979, S. 103–111.  
(zitiert: *Peters*, VersR 1979, S.)
- Pfeifer, Manfred: Fiktionen im öffentlichen Recht, insbesondere im Beamtenrecht, München 1979, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Pfeifer*, Fiktionen im öffentlichen Recht, S.)
- Philipsborn, Alexander: Begriff und Anwendungsfälle der Rückwirkung, in: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, 64. Jahrgang, S. 10–34.  
(zitiert: *Philipsborn*, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, S.)
- Picker, Christian: Mitfahrer gesucht!, in: JURA 2012, 560–570.  
(zitiert: *Picker*, JURA 2012, S.)

- Picker, Eduard: Die Anfechtung von Arbeitsverträgen – Theorie und Praxis der höchstrichterlichen Judikatur. Zugleich eine Auseinandersetzung mit der sog. Kündigungstheorie, in: ZfA 1981, S. 1–163.  
(zitiert: *Picker*, ZfA 1981, S.)
- Picker, Eduard: Gutachterhaftung – Außervertragliche Einstandspflicht als innergesetzliche Rechtsfortbildung, in: Festschrift für Dieter Medicus, Köln 1999, Carl Heymanns Verlag KG, S. 397–447.  
(zitiert: *Picker*, FS Medicus, S.)
- Picker, Eduard: Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftung zwischen Vertrag und Delikt, in: AcP 1983, S. 369–520.  
(zitiert: *Picker*, AcP 183, S.)
- Piechulek, Günther: Die Abänderbarkeit von Verwaltungsakten unter besonderer Berücksichtigung des Lastenausgleichsrechts, in: JR 1957, S. 247–252.  
zitiert: *Piechulek*, JR 1957, S.)
- Pieroth, Bodo/Aubel, Tobias: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen richterlicher Entscheidungsfindung, in: JZ 2003, S. 504–510.  
(zitiert: *Pieroth/Aubel*, JZ 2003, S.)
- Pieroth, Bodo: Die neue Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, in: JZ 1984, S. 971–978.  
(zitiert: *Pieroth*, JZ 1984, S.)
- Pöppinghaus, Klaus: Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, Münster 1959.  
(zitiert: *Pöppinghaus*, Das System des Widerrufs von Verwaltungsakten, S.)
- Pohlmann, André: Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten – Ein Beitrag zur culpa in contrahendo und zur positiven Forderungsverletzung unter Berücksichtigung der Schuldrechtsreform, Berlin 2002, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Pohlmann*, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflichten, S.)
- Preuß, Ullrich Klaus: Vertrauensschutz als Statusschutz, in: JA 1977, S. 265–271 und S. 312–319.  
(zitiert: *Preuß*, JA 1977, S.)
- Prinz, Matthias: Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien, in: NJW 1996, S. 953–958.  
(zitiert: *Prinz*, NJW 1996, S.)
- Pröls, Jürgen: Der Einwand der „*unclean hands*“ im Bürgerlichen Recht sowie im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht – Ein Beitrag zur Frage des Rechtsschutzes für anstößig erworbene oder ausgeübte Rechtspositionen, in: ZHR 1969, 35–85.  
(zitiert: *Pröls*, ZHR 1969, S.)

- Prütting, Dorothea: *Medizinrecht Kommentar*, 5. Auflage, Köln 2019, Luchterhand Verlag.  
(zitiert: *Prütting/Bearbeiter*, *Medizinrecht*, § Rn.)
- Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd: *Bürgerliches Gesetzbuch – Kommentar*, 11. Auflage, Köln 2016, Luchterhand.  
(zitiert: *PWW/Bearbeiter*, § Rn.)
- Püttner, Günter: *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, in: *VVDStRL* 1974, S. 200–225.  
(zitiert: *Püttner*, *VVDStRL* 1974, S.)
- Pulverich, Gerd: *Psychotherapeutengesetz – Kommentar*, 3. Auflage, Bonn 1999, Deutscher Psychologen Verlag.  
(zitiert: *Pulverich*, *PsychThG*, S.)
- Quaas, Michael/Zuck, Rüdiger/Clemens, Thomas: *Medizinrecht – Öffentliches Medizinrecht – Pflegeversicherungsrecht – Arzthaftpflichtrecht – Arztstrafrecht*, 4. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: *Quaas/Zuck/Clemens/Bearbeiter*, § Rn.)
- Raestrup, Norbert: *Ueber die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften, die gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen*, Dissertation Marburg 1930.  
(zitiert: *Raestrup*, *Nichtigkeit von Rechtsgeschäften*, S.)
- Raiser, Rolf: *Schadenshaftung bei verstecktem Dissens*, in: *AcP* 1927, S. 1–45.  
(zitiert: *Raiser*, *AcP* 127, S.)
- Ratzel, Rudolf/Luxenburger, Bernd: *Handbuch Medizinrecht*, 3. Auflage, Heidelberg 2015, C.F. Müller.  
(zitiert: *Ratzel/Luxenburger/Bearbeiter*, *Handbuch Medizinrecht*, Kap. Rn.)
- Reeb, Helmut: *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, München 1975, C.H. Beck.  
(zitiert: *Reeb*, *Grundprobleme des Bereicherungsrechts*, S.)
- Reichard, Ingo: *Negotium alienum und ungerechtfertigte Bereicherung – Zur Entbehrlichkeit des § 687 Abs. 2 BGB*, in: *AcP* 1993, S. 567–602.  
(zitiert: *Reichard*, *AcP* 193, S.)
- Reiling, Emil: *Die Grundlagen der Krankenhaushaftung – Eine kritische Bestandsaufnahme*, in: *MedR* 1995, S. 443–455.  
(zitiert: *Reiling*, *MedR* 1995, S.)
- Reischl, Klaus: *Grundfälle zum neuen Schuldrecht*, in: *JuS* 2003, S. 40–48.  
(zitiert: *Reischl*, *JuS* 2003, S.)
- Reuter, Dieter/Martinek, Michael: *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Tübingen 1983, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Reuter/Martinek*, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, S.)
- Richardi, Reinhard: *Die Wissensvertretung*, in: *AcP* 1969, S. 385–403.  
(zitiert: *Richardi*, *AcP* 169, S.)

- Richter, Ernst-Günther: Rücknahme und Widerruf von Leistungsbescheiden durch Ausgleichsbehörden, in: ZLA 1955, S. 53–56.  
(zitiert: *Richter*, ZLA, S.)
- Richter, Ernst-Günther: Vom Widerruf im sozialen Rechtsstaat, in: DÖV 1962, S. 454–457.  
(zitiert: *Richter*, DÖV 1962, S.)
- Rieger, Hans-Jürgen/Dahm, Franz-Josef/Katzenmeier, Christian: Heidelberger Kommentar – Arztrecht – Krankenhausrecht – Medizinrecht, 75. Update, Heidelberg 2018, C.F. Müller.  
(zitiert: Heidelberger Kommentar/*Bearbeiter*, Nr. Rn.)
- Riezler, Erwin : Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Jena 1900, Fischer.  
(zitiert: *Riezler*, Der Werkvertrag, S.)
- Rödder, Dieter: Grundzüge der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: JuS 1983, 930–933.  
(zitiert: *Rödder*, JuS 1983, S.)
- Rösener, Hans-Joachim: Die Rücknahme fehlerhafter Rentenbescheide der Sozialversicherungsträger, in: BerufsGen 1959, S. 507–515.  
(zitiert: *Rösener*, BerufsGen 1959, S.)
- Rohwer-Kahlmann, Harry: Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte, in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung – Verträge und Diskussionsbeiträge des 30. Staatswissenschaftlichen Fortbildungskursus der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1962, Berlin 1962, Duncker und Humblot, S. 37–76.  
(zitiert: *Rohwer-Kahlmann* in: Wandlungen der rechtsstaatlichen Verwaltung, S.)
- Rosener, Wolfgang: Die Einwilligung in Heileingriffe, Berlin 1965, Ernst-Reuter-Gesellschaft der Förderer und Freunde des Freien Universität Berlin e.V.  
(zitiert: *Rosener*, Die Einwilligung in Heileingriffe, S.)
- Roth, Andreas: Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, in: JZ 2004, S. 494–502.  
(zitiert: *Roth*, JZ 2004, S.)
- Rothkugel, Karl: Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Berlin 1911.  
(zitiert: *Rothkugel*, Die Rückwirkung der Genehmigung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, S.)
- Roth-Stielow, K.: Haftung der Eltern für Verkehrsunfälle, die spielende Kinder verursachen, in: NJW 1957, 489–490.  
(zitiert: *Roth-Stielow*, S.)
- Rottenwallner, Thomas: Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht – Versuch einer Systematisierung, in: DVP 2015, S. 135–148.  
(zitiert: *Rottenwallner*, DVP 2015, S.)

- Roxin, Claus: Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band 1 – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, C.H. Beck.  
(zitiert: *Roxin*, StrafR AT I, § Rn.)
- Rümelin, Gustav: Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905, Verlag Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S.)
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, Rn.)
- Rüthers, Bernd/Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 19. Auflage, München 2017, C.H. Beck.  
(zitiert: *Rüthers/Stadler*, BGB AT, § Rn.)
- Saalfrank, Valentin: Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, 1. Auflage, 8. EL., Stuttgart 2019, Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft mbH.  
(zitiert: *Saalfrank/Bearbeiter*, Handbuch des Medizin- und Gesundheitsrechts, § Rn.)
- Sachs, Michael: Verfassungsrecht II – Grundrechte, 3. Auflage, Heidelberg 2017, Springer.  
(zitiert: *Sachs*, Verfassungsrecht II, S.)
- Säcker, Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München, C. H. Beck.  
Band 1 – Allgemeiner Teil, 8. Auflage 2018.  
Band 2 – Schuldrecht, Allgemeiner Teil I, 8. Auflage 2019.  
Band 3 – Schuldrecht, Allgemeiner Teil II, 8. Auflage 2019.  
Band 5 – Schuldrecht Besonderer Teil II, 8. Auflage 2020.  
Band 6 – Schuldrecht, Besonderer Teil III, 8. Auflage, 2020.  
Band 6 – Schuldrecht, Besonderer Teil IV, 7. Auflage, 2017.  
(zitiert: *MüKo BGB/Bearbeiter*, § Rn.)
- Saleilles, Raymond: De la responsabilité précontractuelle, in: *Revue Trimestrielle de droit civil VI*, S. 697–751.  
(zitiert: *Saleilles*, *Revue Trimestrielle de droit civil VI*, S.)
- Satzger, Helmut: Probleme des Schadens beim Betrug, in: *JURA* 2009, S. 518–528.  
(zitiert: *Satzger*, *JURA* 2009, S.)
- Schaefer: Die Abänderbarkeit von Verwaltungsakten im Lastenausgleichsrecht, in: *Rundschau für den Lastenausgleich* 1955, S. 305–311 und S. 337–343.  
(zitiert: *Schaefer*, *Rundschau für den Lastenausgleich*, S.)
- Schäfer, Carsten: Strafe und Prävention im bürgerlichen Recht, in: *AcP* 2002, S. 398–434.  
(zitiert: *Schäfer*, *AcP* 202, S.)

- Schäfer, Gerhard: Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburg 1960, Elwert Verlag.  
(zitiert: *Schäfer*, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, S.)
- Schäfer, Karl-Heinz: Gesetzesänderung, Verwaltungsakte und Rechtskraft von Urteilen, in: DÖV 1960 S. 851–857.  
(zitiert: *Schäfer*, DÖV 1960, S.)
- Schäfer, Walter: Die Klagearten nach der VwGO (insbesondere die Klage auf Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes), in: DVBl. 1960, S. 837–843.  
(zitiert: *Schäfer*, DVBl. 1960, S.)
- Schelling, Philip/Warntjen, Maximilian: Die Pflicht des Arztes zur Offenbarung von Behandlungsfehlern – Zugleich Überlegungen zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes, in: MedR 2012, S. 506–512.  
(zitiert: *Schelling/Warntjen*, MedR 2012, S.)
- Schenke, Wolf: Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Erlangen 1965, Offset Fotodruck.  
(zitiert: *Schenke*, Die Einwilligung des Verletzten im Zivilrecht, S.)
- Schildt, Bernd: Konkurrenzprobleme im Bereicherungsrecht, in: JuS 1995, S. 953–959.  
(zitiert: *Schildt*, JuS 1995, S.)
- Schinnenburg, Wieland: Passivlegitimation im Arzthaftungsprozess bei ambulanter Behandlung, in: MedR 2000, S. 311–315.  
(zitiert: *Schinnenburg*, MedR 2000, S.)
- Schiwy, Peter: Deutsches Arztrecht – Kommentar der Bundesärzteordnung und Sammlung des Medizinalrechts, Stand 2019, Köln, Wolters Kluwer.  
(zitiert: *Schiwy*, § Rn.)
- Schlesinger, Wilhelm: Das Wesen der positiven Vertragsverletzung in: Zentralblatt für die juristische Praxis 1926, S. 721–748.  
(zitiert: *Schlesinger*, Zentralblatt für die juristische Praxis 1926, S.)
- Schlobach, Klaus: Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, Baden Baden 2004, Nomos.  
(zitiert: *Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, S.)
- Schloßer, Philipp: Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag bei wahlärztlichen Leistungen, MedR 2009, S. 313–318.  
(zitiert: *Schloßer*, MedR 2009, S.)
- Schmidt, Eike: Der ärztliche Behandlungsfehler im Spannungsfeld zwischen medizinischem Versagen und juristischer Problembearbeitung – zu den unerlässlichen rechtsdogmatischen Vorgaben für eine verlässliche Konfliktbewältigung, in: MedR 2007, 693–702.  
(zitiert: *Schmidt*, MedR 2007, S.)

- Schmidt, Eike: Replik auf Gödicke, Aufgabe der Deliktshaftung für Behandlungsfehler?, *MedR* 2008, S. 408–410.  
(zitiert: *Schmidt*, *MedR* 2008, S.)
- Schmidt, Heinz: Der Behandlungs-Vertrag zwischen Arzt und Patienten unter besonderer Berücksichtigung der Verträge mit nichtapprobierten, sog. Heilkundigen, Göttingen 1928.  
(zitiert: *H. Schmidt*, *Der Behandlungs-Vertrag*, S.)
- Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Karsten Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*, S.)
- Schmidt, Walter: „Vertrauensschutz“ im öffentlichen Recht – Randpositionen des Eigentums im spätbürgerlichen Rechtsstaat, in: *JuS* 1973, S. 529–537.  
(zitiert: *Schmidt*, *JuS* 1973, S.)
- Schmidt-Kessel, Martin: Vernachlässigte Transformationsnormen – das Zusammenspiel öffentlich rechtlich und privatrechtlich organisierten Verbraucherschutzes bedarf der Verbesserung, in: *VuR* 2013, S. 81–83.  
(zitiert: *Schmidt-Kessel*, *VuR* 2013, S.)
- Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB.  
Band I Allgemeiner Teil: §§ 1–240, Tübingen 2003, Mohr Siebeck.  
Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband: §§ 241–304, Tübingen 2007, Mohr Siebeck.  
Band III Schuldrecht: Besonderer Teil 2. Teilband: §§ 657–853, Tübingen 2013, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *HKK/Bearbeiter*, § Rn.)
- Schneider, Susanne: Wechselwirkung zwischen Irrtum und Unmöglichkeit – Ein Beitrag zur Haftung des Schuldners bei anfänglichen Leistungshindernissen, Berlin 2008, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Schneider*, *Wechselwirkung zwischen Irrtum und Unmöglichkeit*, S.)
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst: Strafgesetzbuch – Kommentar, 30. Auflage, München 2019, C.H. Beck.  
(zitiert: *Schönke/Schröder/Bearbeiter*, § Rn.)
- Schramm, Stephan: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, Karlsruhe 1992, Verlag Versicherungswirtschaft e.V.  
(zitiert: *Schramm*, *Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht*, S.)
- Schreiber, Hans-Ludwig: Novellierung des Arztstrafrechts – Juristische Gründe, in: *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung* 1998, S. 168–172.  
(zitiert: *Schreiber*, *Zeitschrift für ärztliche Fortbildung und Qualitätssicherung*, S.)

- Schreiber, Klaus: Die Bösgläubigkeit des Bereicherungsschuldners, in: JuS 1978, S. 230–231.  
(zitiert: *Schreiber*, JuS 1978, S.)
- Schricker, Gerhard: Gesetzesverletzung und Sittenverstoß – Rechtsvergleichende Untersuchung zur wettbewerbsrechtlichen Haftung bei Verletzung außerwettbewerbsrechtlicher Normen, München 1970, C.H. Beck.  
(zitiert: *Schricker*, Gesetzesverletzung und Sittenverstoß, S.)
- Schröder, Rainer/Bär, Fred G.: Geschäftsführung ohne Auftrag, Eigentümer-Besitzer-Verhältnis und Bereicherungsrecht bei der Abwicklung nichtiger Werkverträge, in: JURA 1996, S. 449–455.  
(zitiert: *Schröder/Bär*, JURA 1996, S.)
- Schubert, Werner: Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: AcP 1978 S. 425–455.  
(zitiert: *Schubert*, AcP 178, S.)
- Schubert, Werner (Hrsg.): Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil I, Berlin 1981, Walter de Gruyter.  
(zitiert: Schubert/*Gebhard*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil I, S.)  
Allgemeiner Teil II, Berlin 1981, Walter de Gruyter.  
(zitiert: Schubert/*Gebhard*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil II, S.)  
Recht der Schuldverhältnisse Teil 2, Berlin 1980, Walter de Gruyter.  
(zitiert: Schubert/*von Kibel*, Die Vorlage der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Recht der Schuldverhältnisse II, S.)
- Schubert, Werner: Grenzen der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: NJW 1978, 687–689.  
(zitiert: *Schubert*, NJW 1978, S.)
- Schütz, Erwin: Der Verwaltungsakt – Außerkrafttreten und Beseitigung, in: DÖD 1956, S. 102–106.  
(zitiert: *Schütz*, DÖD 1956, S.)
- Schütz, Erwin: Der Widerruf gesetzeswidriger begünstigender Verwaltungsakte, in: DÖV 1958, S. 449–452.  
(zitiert: *Schütz*, DÖV 1958, S.)
- Schulze, Reiner: Grundprobleme der Dritthaftung bei Verletzung von Auskunft- und Beratungspflichten in der neueren Rechtsprechung, in: JuS 1983, S. 81–88.  
(zitiert: *Schulze*, JuS 1983, S.)



- Schunck, Egon/De Clerck, Hans: Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und Ausführungsgesetzen der Länder, Siegburg 1961, Reckinger und Co.  
(zitiert: *Schunck/De Clerck* VwGO, S.)
- Schur, Wolfgang: Leistung und Sorgfalt – Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S.)
- Schwab, Dieter/Löhnig, Martin: Einführung in das Zivilrecht, 20. Auflage, Heidelberg 2016, C.F. Müller.  
(zitiert: *Schwab/Löhnig*, Einführung in das Zivilrecht, Rn.)
- Schwab, Martin: Grundfälle zu culpa in contrahendo, Sachwalterhaftung und Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach neuem Schuldrecht, in: JuS 2002 S. 773–778.  
(zitiert: *Schwab*, JuS 2002, S.)
- Schwark, Eberhard: Der Fremdgeschäftsführungswille bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, in: JuS 1984, S. 321–328.  
(zitiert: *Schwark*, JuS 1984, S.)
- Schwarz, Kyrrill-A.: Rückwirkung von Gesetzen, in: JA 2013, S. 683–687.  
(zitiert: *Schwarz*, JA 2013, S.)
- Schwarz, Kyrrill-A.: Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip – Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen den beiden Rechtskreisen, Baden-Baden 2002, Nomos.  
(zitiert: *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, S.)
- Schwarze, Jürgen: Europäisches Verwaltungsrecht – Entstehung und Entwicklung im Rahmen der europäischen Gemeinschaft, 2. Auflage, Baden Baden 2005, Nomos.  
(zitiert: *Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, S.)
- Schwarze, Roland: Das Recht der Leistungsstörungen, 2. Auflage, Berlin 2017, Walter de Gruyter.  
(zitiert: *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, S.)
- Schwerdtner, Peter: Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, in: JuS 1978, S. 289–299.  
(zitiert: *Schwerdtner*, JuS 1978, S.)
- Schwerdtner, Peter: Geschäftsführung ohne Auftrag, in JURA 1982, 593–599.  
(zitiert: *Schwerdtner*, JURA 1982, S.)
- Seiler, Hans Hermann: Über verbotswidrige Rechtsgeschäfte (§ 134 BGB) – Eine Bestandsaufnahme in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Berlin 1987, De Gruyter, S. 719–732.  
(zitiert: *Seiler*, Gedächtnisschrift Martens, S.)

- Siedentopf, Heinrich: Verwaltungswissenschaft, Darmstadt 1976, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.  
(zitiert: Siedentopf/*Bearbeiter*, Verwaltungswissenschaft, S.)
- Singer, Reinhard: Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, München 1993, C.H. Beck.  
(zitiert: *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, S.)
- Sippel, Harald: Geschäftsführung ohne Auftrag und die Abwicklung fehlgeschlagener Vertragsbeziehungen mit Geschäftsbesorgungscharakter, Berlin 2005, Duncker & Humblot GmbH.  
(zitiert: *Sippel*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S.)
- Soergel, Theodor (Begründer): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetzen, 13. Auflage, Kohlhammer.  
Band 2 – §§ 104–240 Stand: März 1999.  
Band 8 – §§ 652–704 Stand: Sommer 2011.  
Band 9/3 – §§ 780–822 Stand: Sommer 2011.  
(zitiert: Soergel/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Solbach, Günter: „Aufklärung“ des Patienten über wirtschaftliche Aspekte der Behandlung?, in: JA 1986, S. 419–422.  
(zitiert: *Solbach*, JA 1986, S.)
- Somló, Felix: Juristische Grundlehre, Leipzig 1917, Verlag von Felix Meiner.  
(zitiert: *Somló*, Juristische Grundlehre, S.)
- Spickhoff, Andreas: Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses – Zivilrechtsdogmatische Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, München 2004, C.H. Beck.  
(zitiert: *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses, S.)
- Spickhoff, Andreas: Ausschluss der Haftung des Krankenhausträgers für ärztliche Leistungen durch AGB?, in: VersR 1998, S. 1189–1198.  
(zitiert: *Spickhoff*, VersR 1998, S.)
- Spickhoff, Andreas: Autonomie und Heteronomie im Alter, in: AcP 2008, S. 345–415.  
(zitiert: *Spickhoff*, AcP 2008, S.)
- Spickhoff, Andreas: Behandlungsfehler und Offenbarungspflicht: Gründe und Grenzen, in: JZ 2015, S. 15–27.  
(zitiert: *Spickhoff*, JZ 2015, S.)
- Spickhoff, Andreas: Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, in: NJW 2002, S. 2530–2537.  
(zitiert: *Spickhoff*, NJW 2002, S.)
- Spickhoff, Andreas: Die Arzthaftung im neuen bürgerlich-rechtlichen Normenumfeld – eine erste Zwischenbilanz, in: MedR 2015, S. 845–855.  
(zitiert: *Spickhoff*, MedR 2015, S.)

- Spickhoff, Andreas: Die Entwicklung des Arztrechts 2004/2005, in: NJW 2005, 1694–1703.  
(zitiert: *Spickhoff*, NJW 2005, S.)
- Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 3. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: *Spickhoff/Bearbeiter*, § Rn.)
- Spickhoff, Andreas: Patientenrechte und Patientenpflichten – Die medizinische Behandlung als kodifizierter Vertragstypus, in: VersR 2013, S. 267–282.  
(zitiert: *Spickhoff*, VersR 2013, S.)
- Spickhoff, Andreas: Wahlärztliche Leistungen im Krankenhaus: Leistungspflicht und Haftung, in: NZS 2004, S. 57–63.  
(zitiert: *Spickhoff*, NZS 2004, S.)
- Spindler, Gerald/Rieckers, Oliver: Die Auswirkungen der Schuld- und Schadensersatzrechtsreform auf die Arzthaftung, in: JuS 2004, S. 272–278.  
(zitiert: *Spindler/Rieckers*, JuS 2004, S.)
- Stadler, Patrik: Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten – Wie das öffentliche Recht und das Privatrecht sich durchdringen, St. Gallen 2005, Hostettler Buchdruck.  
(zitiert: *Stadler*, Vertrauensschutz bei Verträgen des Gemeinwesens mit Privaten, S.)
- Stamm, Jürgen: Die Rückführung der sog „auch fremden Geschäfte“ von der Geschäftsführung ohne Auftrag auf die Gesamtschuld, in: JURA 2002, S. 730–734.  
(zitiert: *Stamm*, JURA 2002, S.)
- Stammler, Rudolf: Theorie der Rechtswissenschaft, 2. Auflage, Halle an der Saale 1923, Buchhandlung des Waisenhauses.  
(zitiert: *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, S.)
- Staudinger, Julius von (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Onlineausgabe, Sellier – de Gruyter.  
(zitiert: *Staudinger/Bearbeiter* (Jahr der Bearbeitung), § Rn.)
- Steffen, Erich: Die Aushilfeaufgaben des Schmerzensgeldes, in: Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag, Berlin 1996, Walter de Gruyter, S. 723–736.  
(zitiert: *Steffen*, FS Odersky, S.)
- Steffen, Erich: Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, Köln 1984.  
(zitiert: *Steffen*, Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, S.)
- Stein, Axel: § 677 BGB und das objektiv fremde Geschäft – Zu den Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag, Aachen 1973, Dissertationsdruck Schön.  
(zitiert: *Stein*, § 677 BGB und das objektiv fremde Geschäft, S.)

- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim : *Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar*, 9. Auflage, München 2018, C.H. Beck.  
(zitiert: Stelkens/Bonk/*Bearbeiter*, VwVfG § Rn.)
- Stich, Rudolf: Die Verwirkung im Verwaltungsrecht – Eine kritische Bilanz der neuen Rechtsprechung, in: DVBl. 1959, S. 234–239.  
(zitiert: *Stich*, DVBl. 1959, S.)
- Stich, Rudolf Franz: *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, Mainz 1954.  
(zitiert: *Stich*, *Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht*, S.)
- Stoll, Heinrich: Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung – Betrachtung zum dreißigjährigen Bestand der Lehre, in: AcP 1932, S. 257–320.  
(zitiert: *Heinrich Stoll*, AcP 136, S.)
- Stoll, Heinrich: *Die Lehre von den Leistungsstörungen – Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht*, Tübingen 1936, Verlag Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Heinrich Stoll*, *Die Lehre von den Leistungsstörungen*, S.)
- Stoll, Heinrich: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, in: LZ 1923, S. 532–548.  
(zitiert: *Heinrich Stoll*, LZ 1923, S.)
- Stoll, Hans: Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, in: AcP 1976, S. 145–196.  
(zitiert: *Hans Stoll*, AcP 176, S.)
- Stoll, Hans: Tatbestände und Funktionen der Haftung für culpa in contrahendo, in: FS von Caemmerer, Tübingen 1978, Mohr (Paul Siebeck).  
(zitiert: *Hans Stoll*, FS von Caemmerer, S.)
- Stolleis, Michael: *Pecunia nervus rerum – Zur Staatsfinanzierung in der frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main 1983, Vittorio Klostermann GmbH.  
(zitiert: *Stolleis*, *Pecunia nervus rerum*, S.)
- Strätz, Hans-Wolfgang: Über sog. „Nachwirkungen“ des Schuldverhältnisses und den Haftungsmaßstab bei Schutzpflichtverstößen, in: Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch, Bielefeld 1976, Giesecking Verlag, S. 999–1013.  
(zitiert: *Strätz*, FS Bosch, S.)
- Strohmaier, Gerhard: Arztregresse aus Behandlungsfehlern und Gewährleistung beim Praxiskauf, in: MedR 1999, S. 351–356.  
(zitiert: *Strohmaier*, MedR 1999, S.)
- Struzina, Victor/Lindner, Josef Franz: Vertrauensschutz bei der Rücknahme von Verwaltungsakten nach § 48 III VwVfG, in: NVwZ 2016, S. 1295–1298.  
(zitiert: *Struzina/Lindner*, NVwZ 2016, S.)

- Stürner, Rolf: Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom – I–, Rom–II–, Rom–III–VO, EG–UnVO/HUntProt und EuErbVO, 16. Auflage, München 2015, C.H. Beck.  
(zitiert: Jauernig/*Bearbeiter*, § Rn.)
- Tag, Brigitte: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und lex artis – Eine strafrechtliche Untersuchung, Berlin 2000, Springer.  
(zitiert: *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsverhältnis zwischen Patientenautonomie und lex artis, S.)
- Taupitz, Jochen: Arztfehler – unter dem Mantel des Schweigens? Zur Rechtspflicht des Arztes, unaufgefordert eigene Behandlungsfehler zu offenbaren, Dortmund 1998, Humanitas Verlag.  
(zitiert: *Taupitz*, Arztfehler – unter dem Mantel des Schweigens?, S.)
- Taupitz, Jochen: Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?, in: NJW 1992, S. 713–719.  
(zitiert: *Taupitz*, NJW 1992, S.)
- Taupitz, Jochen: Berufsständische Satzungen als Verbotsgesetze im Sinne des § 134 BGB, in: JZ 1994, S. 221–227.  
(zitiert: *Taupitz*, JZ 1994, S.)
- Taupitz, Jochen: Die GmbH als Organisationsform ambulanter heilkundlicher Tätigkeit, in: NJW 1992, S. 2317–2325.  
(zitiert: *Taupitz*, NJW 1992, S.)
- Taupitz, Jochen: Die Standesordnungen der freien Berufe – Geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin New York 1991, Walter de Gruyter.  
(zitiert: *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, S.)
- Taupitz, Jochen: Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens? – Gutachten A zum 63. Deutschen Juristentag in Leipzig 2000, München 2000, C.H. Beck.  
(zitiert: *Taupitz*, Gutachten 63. DJT, A S.)
- Taupitz, Jochen: Integrative Gesundheitszentren: neue Formen interprofessioneller ärztlicher Zusammenarbeit, in: MedR 1993, S. 367–378.  
(zitiert: *Taupitz*, MedR 1993, S.)
- Taupitz, Jochen: Zur Zulässigkeit von Freiberufler-GmbHs – Heilkunde-GmbH: ja, Rechtsberatungs-GmbH: nein?, in: JZ 1994, S. 1100–1108.  
(zitiert: *Taupitz*, JZ 1994, S.)
- Terbille, Michael/Schmitz-Herscheidt, Stephan: Zur Offenbarungspflicht bei ärztlichen Behandlungsfehlern, in: NJW 2000, S. 1749–1756.  
(zitiert: *Terbille/Schmitz-Herscheidt*, NJW 2000, S.)

- Teufel, Reinhold: Der Arztvertrag – Eine Untersuchung der privatrechtlichen Beziehung zwischen dem Arzt und dem Kranken, Tübingen 1919.  
(zitiert: *Teufel*, Der Arztvertrag, S.)
- Thole, Christoph: Die Geschäftsführung ohne Auftrag auf dem Rückzug – Das Ende des „auch fremdem“ Geschäfts?, in: NJW 2010, S. 1243–1248.  
(zitiert: *Thole*, NJW 2010, S.)
- Thiele, Wolfgang: Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung – Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts, in: JZ 1967, S. 649–657.  
(zitiert: *Thiele*, JZ 1967, S.)
- Tomandl, Theodor : Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, Wien 1975, Wilhelm Braumüller, Universitäts-Verlagsbuchhandlung GmbH.  
(zitiert: Tomandl/*Bearbeiter*, S.)
- Tuhr, Andreas von: Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts – 2. Band Teil 1– Die rechtserhebliche Tatsache, insbesondere das Rechtsgeschäft, München und Leipzig 1914, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *von Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1, S.)
- Turegg, Kurt Egon von: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1954, De Gruyter.  
(zitiert: *von Turegg*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S.)
- Uhlenbruck, Wilhelm: Die rechtlichen Auswirkungen der neuen Bundespflege-satzverordnung auf den Krankenhausaufnahmevertrag, in: NJW 1973, S. 1399–1402.  
(zitiert: *Uhlenbruck*, NJW 1973, S.)
- Ule, Carl Hermann/Becker, Franz: Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat – Bemerkungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, Köln u.a. 1964, G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung.  
(zitiert: *Ule/Becker*, Verwaltungsverfahren im Rechtsstaat, S.)
- Ule, Carl Hermann/Laubinger, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Auflage, Köln 1995, Carl Heymanns Verlag.  
(zitiert: *Ule/Laubinger*, Verwaltungsverfahrenrecht, § Rn.)
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst- Diether: AGB Recht Kommentar, 12. Auflage, Köln 2016, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.  
(zitiert: Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*, AGB-Recht, Teil () Rn.)
- Ulmer, Peter/Brandner, Hans Erich/Hensen, Horst-Diether: AGB Gesetz, 9. Auflage, Köln 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt KG.  
(zitiert: Ulmer/Brandner/Hensen/*Bearbeiter*, AGBG, § Rn.)
- Ulmer, Peter: Offene Fragen zu § 139 BGB – Vorteilsregel und „Politik des Gesetzes“, in: Festschrift für Steindorf, S. 799–816.  
(zitiert: *Ulmer*, FS Steindorf, S.)

- Ulsenheimer, Klaus: *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. Auflage, Heidelberg 2015, C.F. Müller.  
(zitiert: Ulsenheimer/*Bearbeiter*, Rn.)
- Unruh, Georg-Christoph von: *Kodifiziertes Verwaltungsrecht*, in: NVwZ 1988, S. 690–697.  
(zitiert: *von Unruh*, NVwZ 1988, S.)
- Vogel, Markus: *Versagung, Rücknahme und Widerruf der Anwaltszulassung wegen Unwürdigkeit der Person*, Köln 1995, Deutscher Anwaltverlag.  
(zitiert: *Vogel*, *Versagung, Rücknahme und Widerruf der Anwaltszulassung*, S.)
- Voigt, Alfred: *Die Reichsärzteordnung und ihre Vorgeschichte*, Jena 1937.  
(zitiert: *Voigt*, *Die Reichsärzteordnung und ihre Vorgeschichte*, S.)
- Voit, Wolfgang/Geweke, Götz: *Der praktische Fall – Bürgerliches Recht: Der fehlgeschlagene „Titelkauf“*, in: JuS 1997, S. 531–539.  
(zitiert: *Voit/Geweke*, JuS 1997, S.)
- Wagner, Gerhard: *Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven*, in: JZ 2004, S. 319–331.  
(zitiert: *Wagner*, JZ 2004, S.)
- Wagner, Gerhard: *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, in: *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert – Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlags C.H. Beck, München 2007*, C.H. Beck.  
(zitiert: *Wagner*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, S.)
- Wagner, Gerhard: *Kodifikation des Arzthaftungsrechts? – Zum Entwurf eines Patientenrechtegesetzes*, in: VersR 2012, S. 789–802.  
(zitiert: *Wagner*, VersR 2012, S.)
- Wagner, Gerhard: *Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?*, in: AcP 2006, S. 352–476.  
(zitiert: *Wagner*, AcP 206, S.)
- Wagner, Klaus: *Vertrauensschutz bei feststellenden Verwaltungsakten?*, in: MDR 1960, S. 546–549.  
(zitiert: *Wagner*, MDR 1960, S.)
- Walker, Wolf-D.: *Der Vollzug des Arbeitsverhältnisses ohne wirksamen Arbeitsvertrag*, in: JA 1985, S. 138–149.  
(zitiert: *Walker*, JA 1985, S.)
- Walter, Alexander: *Haftungsverhältnisse in ärztlichen Kooperationsformen nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit von BGB-Gesellschaften*, in: MedR 2002, S. 169–173.  
(zitiert: *Walter*, MedR 2002, S.)
- Wandt, Manfred: *Gesetzliche Schuldverhältnisse – Deliktsrecht – Schadensrecht – Bereicherungsrecht – GoA*, 8. Auflage, München 2017, Verlag Franz Vahlen.  
(zitiert: *Wandt*, *Gesetzliche Schuldverhältnisse*, § Rn.)

- Wazlawik, Thomas: § 817 Satz 2 BGB – Eine systemwidrige Vorschrift?, in: ZGS 2007, S. 336–344.  
(zitiert: *Wazlawik*, ZGS 2007, S.)
- Weber, Hans-Günther: Zur Aufhebbarkeit von Bescheiden über Versicherungsbefreiung und Versicherungspflicht, in: Die Betriebskrankenkasse 1960, S. 233–242.  
(zitiert: *Weber*, BKK 1960, S.)
- Weber-Dürler, Beatrice: Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, Basel 1983, Helbing und Lichtenhahn.  
(zitiert: *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im Öffentlichen Recht, S.)
- Weber-Steinhaus, Dietrich: Ärztliche Berufshaftung als Sonderdeliktsrecht, Stuttgart 1990, Ferdinand Enke Verlag.  
(zitiert: *Weber-Steinhaus*, Ärztliche Berufshaftung, S.)
- Weishaupt, Arnd: Der Maklervertrag im Zivilrecht, in: JuS 2003, S. 1166–1173.  
(zitiert: *Weishaupt*, JuS 2003, S.)
- Weishaupt, Arnd: Zur Geschäftsführung ohne Auftrag bei vertraglicher Pflichtbindung des Geschäftsführers, in: NJW 2000, S. 1002–1003.  
(zitiert: *Weishaupt*, NJW 2000, S.)
- Weitnauer, Herbert: Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht, in: DB 1961, Beilage 21, S. 1–8.  
(zitiert: *Weitnauer*, DB 1961, Beilage 21, S.)
- Wendehorst, Christiane: Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S.)
- Wendlandt, Bettina: „Ein bisschen über den Rubikon“ – Der BGH und die GoA des vertraglich gebundenen Geschäftsführers, in: NJW 2004, S. 985–988.  
(zitiert: *Wendlandt*, NJW 2004, S.)
- Wenzel, Frank : Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 4. Auflage, Köln 2020, Luchterhand-Verlag.  
(zitiert: *Wenzel*, FA-MedR/*Bearbeiter*, Kap. Rn.)
- Wertenbruch, Johannes: BGB Allgemeiner Teil, München 2010, C.H. Beck.  
(zitiert: *Wertenbruch*, BGB AT, § Rn.)
- Westphal, Thomas: Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen gewerberechtliche Verbotsgesetze, Berlin 1985, Duncker & Humblot GmbH.  
(zitiert: *Westphal*, Zivilrechtliche Vertragsnichtigkeit, S.)
- Weyers, Hans-Léo/Mirtsching, Wolfram: Zum Stand des Arzthaftungsrechts, in: JuS 1980, S. 315–323.  
(zitiert: *Weyers/Mirtsching*, JuS 1980, S.)



- Wiedemann, Herbert: Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966, C.F. Müller.  
(zitiert: *Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S.)
- Wieling, Hans Josef: Bereicherungsrecht, 4. Auflage, Berlin 2007, Springer.  
(zitiert: *Wieling*, BereicherungsR, S.)
- Wiethölter, Rudolf: Arzt und Patient als Rechtsgenossen – Ein zivilrechtlicher Beitrag zur ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln und Berlin 1962, Deutscher Ärzte-Verlag.  
(zitiert: *Wiethölter*, Die Aufklärungspflicht des Arztes, S.)
- Wilburg, Walter: Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht, Graz 1950, Verlag Kienreich.  
(zitiert: *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S.)
- Windel, Peter A.: „Unsinnige“, rechtlich unmögliche und verbotswidrige Leistungsversprechen, in: ZGS 2003, S. 466–472.  
(*Windel*, ZGS 2003, S.)
- Windscheid, Bernhard; Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Frankfurt am Main, Scientia Verlag.  
Band I, 9. Auflage 1906.  
(zitiert: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, §)
- Wirth, Jürgen: Ein neuer Gedanke zur Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte, in: DÖV 1960, S. 173–175.  
(zitiert: *Wirth*, DÖV 1960, S.)
- Wittmann, Roland: Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag – Eine zivilistisch-dogmengeschichtliche Abhandlung, München 1981, C.H. Beck.  
(zitiert: *Wittmann*, Begriff und Funktionen der Geschäftsführung ohne Auftrag, S.)
- Wojtas, Malgorzata: Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland, Tübingen 2017, Mohr Siebeck.  
(zitiert: *Wojtas*, Die Haftung für culpa in contrahendo in Polen und in Deutschland, S.)
- Wollschläger, Christian: Die Geschäftsführung ohne Auftrag – Theorie und Rechtsprechung, Berlin 1976, Duncker und Humblot.  
(zitiert: *Wollschläger*, Geschäftsführung ohne Auftrag, S.)
- Wolff, Hans Julius/Bachof, Otto: Verwaltungsrecht I – Ein Studienbuch, 9. Auflage, München 1974, C.H. Beck.  
(zitiert: *Wolff/Bachof*, VerwR I, 9. Auflage, §)
- Wolf, Manfred/Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Auflage, München 2016, C.H. Beck.  
(zitiert: *Wolf/Neuner*, BGB AT § Rn.)

- Wolf, Manfred: Zur Anwendung der Geschäftsführung ohne Auftrag neben Leistungsbeziehungen, in: Festschrift für Otto Mühl, Stuttgart 1981, Verlag W. Kohlhammer, S. 703–720.  
(zitiert: *Wolf*, FS Mühl (1981), S.)
- Ziekow, Jan: Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 3. Auflage, Stuttgart 2013, Kohlhammer.  
(zitiert: *Ziekow*, VwVfG, § Rn.)
- Zimmermann, Reinhard: Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? – Die rechtliche Beurteilung anstößig-übermäßiger Verträge, Berlin 1979, Duncker & Humblot.  
(zitiert: *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit, S.)
- Zitelmann, Ernst: Ausschluß der Widerrechtlichkeit, in: AcP 1906, S. 1–130.  
(zitiert: *Zitelmann*, AcP 99, S.)
- Zschacke: Suspensiv-effekt des Rechtsmittels gegen einen Verwaltungsakt zum Nachteil des Rechtsmittelführers?, in: NJW 1954, S. 1436–1437.  
(zitiert: *Zschacke*, NJW 1954, S.)
- Zugehör, Horst: Berufliche „Dritthaftung“ – insbesondere der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare – in der deutschen Rechtsprechung, in: NJW 2000, S. 1601–1609.  
(zitiert: *Zugehör*, NJW 2000, S.)

**D**ass einem Arzt einmal die Approbation aberkannt wird, kommt selten vor; noch seltener ist es, dass die Aberkennung auf den Zeitpunkt der Erteilung zurückwirkt. Voraussetzung ist, dass die Approbation von vornherein nicht hätte erteilt werden dürfen, sei es weil die Anforderungen an die Ausbildung des künftigen Arztes nicht erfüllt waren, sei es weil charakterliche Mängel (Unwürdigkeit, Unzuverlässigkeit) einer Tätigkeit als Arzt entgegenstanden.

Obwohl praktisch selten ist die Rücknahme einer Approbation akademisch von besonderem Interesse, und zwar deshalb, weil sie letztlich dazu führt, dass der gesamten ärztlichen Tätigkeit des Betroffenen nachträglich die Rechtsgrundlage entzogen wird. Streng genommen wird folglich jeder einzelne ärztliche Heileingriff rechtswidrig, stellt also (unter Umständen) strafrechtlich eine Körperverletzung dar und begründet zivilrechtlich eine Schadensersatzhaftung.

Weder die strafrechtlichen noch die zivilrechtlichen Folgen einer Rückwirkung sind indes bislang auch nur ansatzweise in wissenschaftlich fundierter Weise untersucht worden. Diese Lücke soll mit der vorliegenden Arbeit zumindest für den Bereich des Zivilrechts geschlossen werden.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-520-5  
ISSN: 1864-2144  
eISSN: 2512-689X

Universitätsverlag Göttingen