

Für die Rechtsprechung ist die Rügepflicht ist ein Fall des venire contra factum proprium. Das BVerwG hatte es z. B. einem Prüfling verwehrt, sich darauf zu berufen, ihm sei in der zahnärztlichen Prüfung im Fach Innere Medizin entgegen der Regelung in § 44 ZAppO keine Möglichkeit gegeben wurde, seine Kenntnisse „an einem für sein Gebiet in Frage kommenden Kranken“ nachzuweisen<sup>4</sup>. Wer sich der Prüfung unterzieht ohne einen erkannten Verfahrensverstöß geltend zu machen, setze sich in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten, wenn er sich nach dem ungünstigen Prüfungsverlauf auf den Mangel der Prüfung berufe. Aus der Ableitung des auch im öffentlichen Recht geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) ergeben sich freilich auch die Grenzen dieser Obliegenheit des Prüflings.

Im Fall des OVG NRW fehlte es an einer Verletzung dieser Obliegenheit schon deshalb, weil der Verfahrensverstöß für den Kläger nicht erkennbar war. Denn die Über-sendung der praktischen Aufgabe vor der Prüfung ist eben nicht zwingend. Es ist eben nur eine „Soll-Vorschrift“. Ob ein Ausnahmefall vorlag, der ein Absehen von der Über-sendung der Aufgaben rechtfertigen konnte, war für den Kläger nicht zu erkennen.

4) BVerwG, Urt. v. 24. 2. 2003 – 6 C 22/02 –, Rdnr. 24, juris.

<https://doi.org/10.1007/s00350-019-5321-9>

### Antrag auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach erfolgloser Klage gegen Ruhen der Approbation

VwGO §§ 80b Abs. 2, § 80 Abs. 5; BÄO § 6 Abs. 1 Nr. 1; GG Art. 12 Abs. 1

1. Der Zulässigkeit des Antrags nach § 80b Abs. 2 VwGO steht nicht entgegen, dass die aufschiebende Wirkung der Klage bereits vor Antragstellung geendet hat. Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b Abs. 2 VwGO kann auch nach dem Eintritt der Vollziehbarkeit angeordnet werden.

2. Für die Entscheidung über einen Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO gelten die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO.

3. Bei der nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass die auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO gestützte Anordnung des Ruhens der Approbation eine Präventivmaßnahme nach Art eines vorläufigen Berufsverbots darstellt, durch die schwerwiegend in das Grundrecht des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird.

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 3. 8. 2018 – 13 B 826/18

**Problemstellung:** Die Vorschrift des § 80b VwGO erfährt in der verwaltungsrechtlichen Praxis erstaunlich wenig Aufmerksamkeit, obwohl die von ihr angeordneten Rechtsfolgen (Wegfall der aufschiebenden Wirkung) auf den ersten Blick dramatisch und praxis-relevant sind.

So sieht § 80b Abs. 1 S. 1 VwGO das Ende der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs oder einer Anfechtungsklage für zwei Fallgruppen vor: (1) der Widerspruchsbeseitigung ist bestandskräftig geworden

oder über die Klage wurde rechtskräftig entschieden, so dass Unanfechtbarkeit vorliegt (diese Regelung hat eher deklaratorische Bedeutung) (2) die Anfechtungsklage ist erstinstanzlich abgewiesen worden und seit Ablauf der gesetzlichen Begründungspflicht des gegen das abweisende Ur-t. gegebenen Rechtsmittels (v. a. Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Berufung oder Berufung) sind drei Monate verstrichen, was bedeutet: der Suspensiveffekt der Klage endet hier „automatisch“ 5 Monate nach Zustellung des klageabweisenden, erstinstanzlichen Urteils (vgl. § 124a, Abs. 3 S. 1 bzw. § 124a Abs. 4 VwGO).

Dies gilt nach § 80b Abs. 1 S. 2 VwGO sogar dann, wenn die Vollziehung durch die Behörde zuvor ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung durch das Gericht angeordnet oder – was in approbationsrechtlichen Verfahren häufiger der Fall sein wird – nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt worden ist, es sei denn, die Behörde hat die Vollziehung ausdrücklich bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt.

Mit § 80b, Abs. 2 VwGO wird im Rahmen eines speziellen vorläufigen Rechtsschutzes die Möglichkeit eröffnet, mit einem Antrag zum OVG auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung die Rechtsfolgen aus § 80b Abs. 1, S. 1 Halbs. 2 (Vollziehbarkeit des angegriffenen Bescheids) zu verhindern bzw. – wie der Beschl. des OVG NRW zeigt – auch wieder zu „beseitigen“, wobei hier gem. § 80b Abs. 3 die Regelungen (und damit auch Grundsätze) des „normalen“ einstweiligen Rechtsschutzes gem. § 80 Abs. 5 bis 8 und § 80a VwGO entsprechend gelten.

§ 80b VwGO wurde 1997 mit dem 6. VwGOÄndG eingeführt mit dem Ziel, dem Rechtsmittelmissbrauch einen Riegel vorzuschieben. Vom Gesetzgeber wurde nämlich unterstellt, dass der Rechtsmittelweg nach einem abschlägigen erstinstanzlichen Ur-t. trotz schlechter Prozessaussichten oft nur deshalb ausgeschöpft wird, damit der Rechtsschutzsuchende möglichst lange von der aufschiebenden Wirkung profitieren kann (vgl. *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, Kommentar zur VwGO, 23. Aufl., § 80b VwGO, Rdnr. 1 und OVG NRW, Beschl. v. 29. 5. 2001 – 13 B 434/01 –, juris, Rdnr. 9 m. Hinw. a. BT-Dr. 13/3993, S. 11). Gleichzeitig sollte damit auch die Verwaltungsgerichtsbarkeit in den höheren Instanzen entlastet werden.

2. Große Bedeutung in der Verwaltungspraxis der Approbationsbehörden hat § 6 BÄO, wonach unter bestimmten Voraussetzungen das Ruhen der Approbation angeordnet werden kann, z. B. dann, wenn gegen den Arzt wegen des Verdachts einer Straftat, aus der sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergeben kann, ein Strafverfahren eingeleitet ist (vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO). Genau wie die Rücknahme und der Widerruf der Approbation stellt auch die Ruhensanordnung als faktisches Berufsverbot einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit des Arztes dar, welcher nach der Rechtsprechung des BVerfG nur unter strengen Voraussetzungen zum Schutze wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 29. 12. 2004 – 1 BvR 2820/04, BeckRS 2004, 30348328).

Philip Schelling

**Aus den Gründen:** Der Antrag des Antragstellers hat Erfolg.

Er ist gemäß § 80b Abs. 1 S. 1 VwGO zulässig, insbesondere statthaft. Gemäß § 80b Abs. 1 S. 1 Alt. 2 VwGO endet die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage, wenn diese im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist,

Eingesandt von Prof. Dr. iur. Martin Stellpflug;  
bearbeitet von Dr. iur. Philip Schelling,  
Fachanwalt für Medizinrecht, Fachanwalt für Strafrecht,  
Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte,  
Maximiliansplatz 12, 80333 München, Deutschland

drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungspflicht des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Diese Voraussetzungen liegen hier vor, sodass der Antragsteller die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zutreffend im Wege des Antrags auf Anordnung der Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b Abs. 2 VwGO verfolgt. Der Zulässigkeit des Antrags nach § 80b Abs. 2 VwGO steht nicht entgegen, dass die aufschiebende Wirkung der Klage bereits vor Antragstellung geendet hat. Die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b Abs. 2 VwGO kann auch nach dem Eintritt der Vollziehbarkeit angeordnet werden (vgl. BVerwG, Beschl. v. 19.6.2007 – 4 VR 2.07 –, juris, Rdnr. 13; BayVG, Beschl. v. 12.1.2018 – 9 AS 17.2499 –, juris, Rdnr. 14; OVG NRW, Beschl. v. 29.5.2001 – 13 B 434/01 –, juris, Rdnr. 4).

Der Antrag ist auch begründet. Für die Entscheidung über einen Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO gelten die gleichen Grundsätze wie für eine Entscheidung nach § 80 Abs. 5 VwGO. Dies folgt schon aus der Anordnung der entsprechenden Anwendung von § 80 Abs. 5 VwGO in § 80b Abs. 3 VwGO (vgl. BVerwG, Beschl. v. 22.2.2018 – 3 VR 1.17, 3 VR 1.17 (3 B 69.16) –, juris, Rdnr. 18, und v. 19.6.2007, a. a. O., Rn. 14).

Die danach gebotene Interessenabwägung fällt zu Gunsten des Antragstellers aus.

Bei der nach § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, dass die auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO gestützte Anordnung des Ruhens der Approbation eine Präventivmaßnahme nach Art eines vorläufigen Berufsverbots darstellt, durch die schwerwiegend in das Grundrecht des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 GG eingegriffen wird. Das BVerfG hat wiederholt klargestellt, dass die Anordnung des Ruhens der Approbation nur zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig ist. Ob überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen, den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen einstweilen zurückzustellen, hängt insbesondere davon ab, ob eine weitere Berufstätigkeit konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lässt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 – 1 BvR 2157/07 –, juris, Rdnr. 34, und v. 4.10.2006, – 1 BvR 2403/06 –, juris, Rdnr. 16).

Zudem ist bei einer auf § 6 Abs. 1 Nr. 1 BÄO gestützten Ruhensanordnung – nach dieser Regelung kann das Ruhen der Approbation bereits dann angeordnet werden, wenn gegen den Arzt wegen des Verdachts einer Straftat, aus der sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergeben kann, ein Strafverfahren eingeleitet ist – in den Blick zu nehmen, dass eine strafrechtliche Verurteilung noch nicht vorliegt. Die Ruhensanordnung muss sich deshalb insbesondere auch unter Berücksichtigung der Schwere der Straftaten, die Gegenstand der Anschuldigung sind, der Verurteilungswahrscheinlichkeit und des zu erwartenden Strafmaßes als verhältnismäßig erweisen.

Dies zu Grunde gelegt, ist auch die hier in Rede stehende Vollziehung, die eine Vorverlagerung der Wirkungen der Ruhensanordnung auf den Zeitraum vor deren Bestandskraft zur Folge hat, nur gerechtfertigt, wenn sie zur Abwehr bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens 13 A 897/16 konkret zu erwartender Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich ist (vgl. allgemein zu den Anforderungen an die sofortige Vollziehung einer Anordnung des Ruhens der ärztlichen Approbation BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007, a. a. O., Rdnr. 20ff. und v. 4.10.2006, a. a. O., Rdnr. 15).

Dies ist gegenwärtig nicht festzustellen. Der Senat vermag derzeit nicht zu erkennen, dass gewichtige öffentliche Interessen einer Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit des

Antragstellers bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens entgegenstehen. So stellen etwa Gefährdungen für Leib und Leben der Patienten des Antragstellers nicht in Rede. Konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, der Antragsteller werde unter dem Druck des beim LG Köln anhängigen Strafverfahrens bzw. des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens erneut wegen betrügerischer Abrechnungsmethoden in Erscheinung treten, hat der Senat nicht. Solche sind bislang auch vom Antragsgegner nicht aufgezeigt worden. Gegenwärtig deutet vielmehr alles darauf hin, dass die anhängigen Verfahren geeignet sind, ein Wohlverhalten des Antragstellers sicherzustellen, sodass ein Vollzug der Ruhensanordnung als Präventivmaßnahme aus Gründen der Gefahrenabwehr nicht erforderlich ist und nach den o.g. Grundsätzen unterbleiben muss. Soweit der Antragsgegner die Ruhensanordnung für erforderlich halten sollte, um das Vertrauen der Bevölkerung in die Ärzteschaft zu gewährleisten, ist schon zweifelhaft, ob dies die vorläufige Vollziehung der Ruhensanordnung zu rechtfertigen vermag, zumal angesichts der Komplexität des seit mehreren Jahren anhängigen Strafverfahrens (erster Hauptverhandlungstermin war am 29.9.2015) die Einschätzung, ob und in welchem Umfang der Kl. eine Verurteilung zu erwarten hat, nur schwer möglich ist. Dass insoweit im Falle einer Verurteilung des Klägers in Betracht zu ziehende approbationsrechtliche Maßnahmen zu spät kämen, um das Ansehen der Ärzteschaft in der Bevölkerung sicherzustellen, vermag der Senat nicht zu erkennen. [...]

<https://doi.org/10.1007/s00350-019-5322-8>

### Anmerkung zu OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 3.8.2018 13 B 826/18

Philip Schelling

Der Beschluss des OVG NRW ist bemerkenswert, da hier allgemeine verwaltungsprozessuale Grundsätze (Reichweite und Dauer der aufschiebenden Wirkung einer Anfechtungsklage, Interessenabwägung bei einstweiligem Rechtsschutz) speziell mit Bezug zu approbationsrechtlichen Fragestellungen (Anordnung des Ruhens der Approbation nach Einleitung eines Strafverfahrens wegen des Verdachts des Abrechnungsbetrugs) beleuchtet werden.

I. Auffällig ist, dass § 80b Abs. 1 VwGO von den Behörden im Allgemeinen und, soweit ersichtlich, von Approbationsbehörden im Speziellen, bislang selten angewandt und (deshalb) auch von der Anwaltschaft kaum Beachtung geschenkt wird. Spiegelbildlich wird auch der spezielle Rechtsschutz aus § 80b Abs. 2 und 3 VwGO bislang kaum in Anspruch genommen. Dies zeigt alleine schon die geringe Anzahl der gestellten Anträge auf Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b Abs. 2 VwGO, die aber bei Klageabweisung durch das erstinstanzliche Gericht schon bei Einlegung eines Rechtsmittels nicht nur eine „Option“ sondern im Rahmen einer effektiven und sorgfältigen Prozessführung eigentlich Anwaltspflicht wären (vgl. Beckmann, vr 2011, 299ff.), um den Mandanten vor „bösen Überraschungen“ (z. B. Vollzug des Widerrufs der Approbation im laufenden Berufungsverfahren) zu schützen.

Auch wenn derzeit keinerlei Tendenzen dahingehend zu erkennen sind, dass Behörden dazu übergehen, von § 80b Abs. 1 VwGO nun häufiger Gebrauch zu machen: Fälle, in denen eine Behörde auf Grundlage des § 80b, Abs. 1 S. 1

---

Dr. iur. Philip Schelling,  
 Fachanwalt für Medizinrecht, Fachanwalt für Strafrecht,  
 Ulsenheimer Friederich Rechtsanwälte,  
 Maximiliansplatz 12, 80333 München, Deutschland

---

Halbs. 2 einen Bescheid schon nach klageabweisendem erstinstanzlichen Urteil vollzieht, ohne den Ausgang des Berufungsverfahrens abzuwarten, gibt es sehr wohl, und zwar auch im Approbationsrecht, wie der vorliegende Beschluss des OVG Nordrhein-Westfalen vom 3. 8. 2018 zeigt. Insofern erweist sich § 80b Abs. 1 VwGO für den Anwalt, der diese Vorschrift nicht „kennt“ oder ihr keine Beachtung schenkt, zunächst als „Haftungsfalle“, die aber dann ihren Schrecken schnell wieder verliert, wenn – wie vom OVG NRW klargestellt – der Antrag gem. § 80b Abs. 2 VwGO bei Bedarf jederzeit nachgeschoben werden kann, und zwar selbst dann, wenn der Suspensiveffekt gem. § 80b Abs. 1 VwGO zwischenzeitlich bereits entfallen war.

Die Klarstellung des OVG, wonach der Zulässigkeit eines Antrags nach § 80b Abs. 2 VwGO nicht entgegensteht, dass die aufschiebende Wirkung der Klage bereits vor Antragstellung geendet hat, ist jedenfalls richtig und wegen ihrer praktischen Bedeutung zu begrüßen. Zwar neigt man zunächst dazu, aus der in der § 80b Abs. 2 VwGO gewählten Formulierung „Fortdauer“ abzuleiten, dass der Antrag dann, wenn der Suspensiveffekt einmal beendet ist, verspätet und unzulässig ist. Andererseits könnte dann das Gericht auf einen Antrag, der zwar vor Beendigung der aufschiebenden Wirkung gestellt ist, aber über den erst danach entschieden wird, die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung ebenfalls nicht mehr anordnen (der Antrag gem. § 80b Abs. 2 VwGO alleine hemmt die Vollziehung des Bescheids zu diesem Zeitpunkt nicht). Wäre der Antrag nur zulässig, solange die aufschiebende Wirkung noch andauert, müsste er zur Vermeidung eines Rechtsverlustes außerdem selbst dann gestellt werden, wenn eine Vollziehung des Bescheids zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht beabsichtigt ist (vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 19. 6. 2007, – 4 VR 2.07 –, juris, Rdnr. 13). Dies würde jedoch den mit § 80b VwGO (auch) verfolgten Zweck, die Instanzgerichte zu entlasten, völlig konterkarieren.

Fest steht damit, dass die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung nach § 80b Abs. 2 VwGO sowohl nachträglich beantragt als auch vom Gericht nachträglich angeordnet werden kann (vgl. BayVGH, Beschl. v. 12. 1. 2018 – 9 AS 17.2499 –, juris, Rdnr. 14).

II. Nicht weniger wichtig ist der Hinweis des OVG NRW, wonach bei der Entscheidung über einen Antrag nach § 80b Abs. 2 VwGO im Rahmen einer (wie bei einem § 80 Abs. 5 VwGO-Antrag durchzuführenden) Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, dass es sich bei der Ruhensanordnung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 1 BAO um eine „Präventivmaßnahme nach Art eines vorläufigen Berufsverbots“ handelt. Dies erklärt im Übrigen auch, weshalb die Ruhensanordnung im Gegensatz zur nachträglichen Ahndung eines Fehlverhaltens (z. B. Widerruf der Approbation wegen Unwürdigkeit) auf Schadensvermeidung gerichtet ist (VG Stuttgart, MedR 2000, 142). Denn § 6 Abs. 1, Nr. 1 BAO knüpft bereits an die Einleitung eines Strafverfahrens wegen des „Verdachts“ einer Straftat und nicht erst an eine rechtskräftige Verurteilung, bei welcher die Behörde Rücknahme und Widerruf der Approbation gem. § 5 zu prüfen hätte.

Ist also schon die Ruhensanordnung an sich – wegen ihres präventiven Charakters – besonders eingriffsintensiv, gilt dies erst recht dann, wenn diese auch noch sofort vollziehbar sein soll oder ist. Das OVG NRW weist deshalb – in Anlehnung an die einschlägige Rechtsprechung des BVerfG (Beschl. v. 19. 12. 2007, – 1 BvR 2157/07 –, juris) – zu Recht darauf hin, dass hier ein Sofortvollzug nur in Betracht kommt, wenn die weitere Berufstätigkeit des Antragstellers (bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens) konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lässt. Dass das OVG vorliegend solche Gefahren mit der Begründung ablehnt, dass „etwa Gefährdungen für Leib und Leben der Patienten des Antragstellers nicht in Rede stehen“ (erg.: sondern „nur“ der Verdacht des Abrechnungsbetrugs

als reines Vermögensdelikt), überzeugt alleine schon mit Blick auf die Fälle, in denen die Rechtsprechung einen Sofortvollzug der Ruhensanordnung für gerechtfertigt hielt: z. B. bei einem Arzt, der wegen finanzieller Schwierigkeiten über Monate hinweg entgegen §§ 5 und 21 Abs. 1 AMG seinen Patienten massenhaft „Schlankheitsmittel“ verschreibt, ohne deren Wirkung hinreichend zu kennen und zu prüfen (OVG NRW, NJW 1997, 2470 – 13 B 3134/95), beim Verdacht der unzulässigen Sterbehilfe in zahlreichen Fällen (VG Hannover, NJW 2004, 311), bei sexuellem Missbrauch von Patientinnen (VG Stuttgart, MedR 2000, 142) oder bei einer Ärztin, die sich dem Vorwurf des Totschlags (§ 212 StGB) ausgesetzt sieht, weil sie sich als Expertin bei „natürlichen“ Geburten bezeichnet und es auf Grund dieser Einstellung unterließ, die Schwangere während einer Risikogeburt zur Durchführung einer indizierten Sectio in eine Klinik einzuweisen (OVG NRW, GesR 2012, 357 f.).

Genau so konsequent ist der Hinweis des OVG NRW, alles deutet darauf hin, dass „die anhängigen Verfahren“ (gemeint sein dürften das Strafverfahren und Hauptsacheverfahren) geeignet sind, ein Wohlverhalten des Antragstellers sicherzustellen, mit dem Ergebnis, dass ein Sofortvollzug der Ruhensanordnung schon mangels Wiederholungsgefahr nicht erforderlich ist (vgl. auch schon OVG NRW, NJW 1989, 2343 = MedR 1989, 54 f.).

Wenn das OVG NRW gegen den Sofortvollzug der Ruhensanordnung desweiteren das Argument anführt, angesichts der Komplexität des seit mehreren Jahren anhängigen Strafverfahrens sei eine Einschätzung, ob und in welchem Umfang der Kläger eine Verurteilung zu erwarten hat, nur schwer möglich, steht dies in folgendem Kontext: Das Tatbestandsmerkmal des „Verdachts“ einer Straftat ist unbestimmt und wird von der Rechtsprechung konkretisiert durch Kategorien wie „erhebliche Wahrscheinlichkeit“ (OVG NRW, BeckRS 1993, 10048), „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ (NdsOVG, NVwZ-RR 2003, 349) oder „hohe Wahrscheinlichkeit“ (VGH Bad.-Württ., NJW 1991, 2366; BayVGH BeckRS 1998, 18362) bzw. „sehr hohe Wahrscheinlichkeit“ (OVG Saarl, MedR 2006, 661) einer rechtskräftigen Verurteilung wegen der zur Last gelegten Straftaten. Ob der Verdacht einer Straftat besteht, bleibt aber letztlich immer eine Einzelfallentscheidung des im einstweiligen Rechtsschutz angerufenen Gerichts (hier des OVG NRW) auf der Grundlage der konkreten Umstände und der in Rede stehenden Straftat. An die Wahrscheinlichkeit der Täterschaft sind dabei umso geringere Anforderungen zu stellen, je gewichtiger die Straftat ist, derer der Betroffene beschuldigt wird (z. B. bei Straftaten gegen das Leben im Zusammenhang mit unzulässiger Sterbehilfe, VG Hannover, NJW 2004, 311) und umgekehrt. Ausgehend von der Feststellung des OVG NRW, eine belastbare Prognose, ob und in welchem Umfang der Antragsteller strafgerichtlich verurteilt wird, sei nicht möglich, bestehen also schon begründete Zweifel, ob überhaupt in der Hauptsache die Voraussetzungen für eine Ruhensanordnung gem. § 6 Abs. 1, Nr. 1 BAO („Verdacht einer Straftat“) vorliegen.

Allerdings: Allein das Abstellen auf die Erfolgsaussichten in der Hauptsache wäre bei einer Entscheidung über einen Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO (bzw. hier: § 80b Abs. 2 VwGO) unstatthaft. Vielmehr müssen im Rahmen einer Folgenabwägung auch die konkreten Nachteile für die Allgemeinheit bei einem Aufschub des Vollzugs, wenn sich der Widerruf der Approbation nachträglich als rechtmäßig erweist, den konkreten Folgen des Sofortvollzugs für den Betroffenen, wenn sich die der Widerruf nachträglich als rechtswidrig erweisen sollte, gegenüber gestellt werden. Denn effektiver Rechtsschutz hat auch die Aufgabe, u. U. irreparable Entscheidungen wie z. B. die zwischenzeitliche Schließung der Praxis für die Dauer des Verfahrens als Folge des Sofortvollzugs soweit wie möglich auszuschließen (BVerfG, NJW 2003, 3618; OVG NRW, NJW 1989, 2341).

Wenn nun das OVG NRW bei dieser Abwägung zum Ergebnis kommt, es sei nicht erkennbar, dass im Falle einer Verurteilung des Klägers (erg. wegen Abrechnungsbetrugs) in Betracht zu ziehende approbationsrechtliche Maßnahmen zu spät kämen, um das Ansehen der Ärzteschaft in der Bevölkerung sicherzustellen, wird klar, dass das Interesse des betroffenen Arztes daran, von seiner Approbation als Grundlage seiner wirtschaftlichen Existenz jedenfalls noch während des Hauptsachverfahrens Gebrauch machen zu dürfen, überwiegt und dem Antrag auf Fortdauer bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Anfechtungsklage gegen die Ruhensanordnung deshalb stattgegeben werden muss.

Fazit: Da § 6 I Nr. 1 BÄO allein auf der Grundlage von Verdachtsmomenten einen weitreichenden Eingriff in die berufliche Existenz eines Arztes zulässt, bedürfen die vom Gericht anzustellenden Überlegungen im Rahmen des erforderlichen Abwägungsprozesses auch in Ansehung des Gebots der Unschuldsumutung des betroffenen Arztes ganz besonderer Sorgfalt und Umsicht. Genau diese hat das OVG NRW mit seinem Beschluss walten lassen.

<https://doi.org/10.1007/s00350-019-5328-2>

### Voraussetzungen für die Durchführung und Abrechnung von Akupunkturleistungen nach der Qualitätsvereinbarung-Akupunktur

SGB V § 106a Abs. 2 S. 1 (i. d. F. des GMG v. 14. 11. 2003, inhaltsgleich mit § 106d Abs. 2 S. 1 in der ab 1. 1. 2017 geltenden Fassung des SGB V); SGB X §§ 63 Abs. 1 S. 2, 41 Abs. 1 Nr. 3 i. V. mit Abs. 2; EBM-Ä; Qualitätsvereinbarung zur Akupunktur bei chronisch schmerzkranken Patienten nach § 135 Abs. 2 SGB V

**Eine ordnungsgemäße Akupunkturleistung liegt nach den Vorgaben des Vertragsarztrechts (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 Qualitätsvereinbarung zur Akupunktur) nur vor, wenn der Akupunktur anhand von in der Vergangenheit erstellten ärztlichen Dokumentationen feststellen kann, dass bei dem Patienten ein Schmerzintervall vorliegt, welches seit mindestens 6 Monaten besteht, dem Beginn der Akupunkturbehandlung unmittelbar vorangegangen ist und noch andauert. (Leitsatz der Bearbeiterin)**

*BSG, Urt. v. 13.2.2019 – B 6 KA 56/17 R (Bay. LSG)*

**Problemstellung:** Für die Auslegung von vertragsärztlichen Vergütungs- und Abrechnungsvorschriften ist in erster Linie der Wortlaut der Regelungen maßgeblich. Erst wenn der Wortlaut zweifelhaft ist, bleibt Raum für eine systematische Interpretation im Sinne einer Gesamtschau der Vorschriften. Eine entstellungsgeschichtliche Auslegung kann unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls in Betracht kommen. Die Auslegungsregeln hatte das BSG im hier zu entscheidenden Fall anzuwenden, da durch den Wortlaut der Vorschrift allein nicht zu klären war, welche Anforderungen an die „Überprüfung, dass vor der Akupunktur ein mindestens sechsmonatiges ärztlich dokumentiertes Schmerzintervall“ vorlag, zu stellen sind. Reicht es aus, wenn der Arzt den Patienten zu seinen Schmerzen und der vorhergehenden Behandlung befragt und seine Diagnosen sowie das Ergebnis der Befragung dokumentiert? Muss das sechsmonatige Schmerzintervall der Akupunkturbehandlung unmittelbar vorangehen oder ist es auch denk-

bar, dass zwischen dem dokumentierten Schmerzintervall und dem Beginn der Akupunkturbehandlung ein Zeitraum liegt? Muss die ärztliche Dokumentation von einem anderen Arzt stammen oder darf der Akupunktur sich auf seine eigene Dokumentation stützen? Neben der Beantwortung der Auslegungsfragen korrigierte das BSG die Kostenentscheidung der Vorinstanzen und legte der bekl. KÄV die im Widerspruchsverfahren entstandenen außergerichtlichen Kosten des Arztes auf, da dieser vor der sachlich-rechnerischen Richtigstellung nicht angehört worden war.

**Babette Christophers**

**Zum Sachverhalt:** Im Streit steht die Rechtmäßigkeit einer nachträglichen sachlich-rechnerischen Richtigstellung von Akupunkturleistungen.

Der Kl., ein Facharzt für Orthopädie, war im hier streitbefangenen Quartal 2/2007 in B. zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Die bekl. KÄV bewilligte ihm mit Bescheid v. 10. 10. 2007 für die Behandlung von 857 Versicherten in diesem Quartal vertragsärztliches Honorar in Höhe von 60 838,75 Euro. Auf Antrag der beigeladenen Krankenkasse (KK) [...], setzte die Bekl. ohne Anhörung des Kl. [...] eine Rückforderung der vergüteten Akupunkturleistungen nach den Gebührenordnungspositionen (GOP) 30790 und 30791 des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs für ärztliche Leistungen (EBM-Ä) in Höhe von insgesamt 9322 Euro fest. Die Richtigstellung beruhte in 68 Fällen darauf, dass das in § 5 Abs. 1 Nr. 2 der „Qualitätssicherungsvereinbarung zur Akupunktur bei chronisch schmerzkranken Patienten nach § 135 Abs. 2 SGB V“ (gültig ab 1. 1. 2007, DÄBl. 2006, A-3515; im Folgenden: QV-A) geforderte mindestens sechsmonatige ärztlich dokumentierte Schmerzintervall nicht festgestellt werden konnte [...].

Der bereits im Widerspruchsverfahren anwaltlich vertretene Kl. legte zu den beanstandeten Fällen eine Dokumentation vor, die aus einer stichwortartigen Beschreibung der von ihm festgestellten Diagnosen und des Verlaufs der Behandlung sowie jeweils aus einem Bogen „Einganguntersuchung“ und „Abschlussuntersuchung“ bestand, den er bzw. seine Arzthelferin aufgrund der Angaben der Patienten selbst ausgefüllt hatte. Hieraus ergebe sich, dass er in allen beanstandeten Fällen die Vorgaben der QV-A vor Durchführung der Akupunktur vollumfänglich eingehalten habe. Dem folgte der Widerspruchsausschuss der Bekl. nicht; er wies den Widerspruch zurück und setzte zugleich eine Verfahrensgebühr von 100 Euro zu Lasten des Kl. fest (Widerspruchsbescheid v. 14. 3. 2012).

Im Klageverfahren hat der Kl. zu den betroffenen Patienten weitere Angaben gemacht. Zudem hat er darauf hingewiesen, dass er bereits an der GERAC-Studie teilgenommen habe, die der Anerkennung der Akupunktur als vertragsärztlicher Leistung vorausgegangen sei. Im Rahmen dieser Studie sei eine ärztliche Dokumentation zu Beginn der Behandlung als ausreichend angesehen worden, bei der der Arzt versuche, sich anhand der von den Patienten auszufüllenden Bögen einen Überblick zu verschaffen, wie lange der Schmerzstand bereits andauere. [...]

Das SG hat die Klage abgewiesen (Urt. v. 16. 9. 2014). Die Berufung des Kl. ist ohne Erfolg geblieben (Urt. des LSG v. 14. 9. 2016). Das LSG hat ausgeführt, der Wortlaut der einschlägigen Vergütungsbestimmungen sowie der vertraglichen Regelungen sei eindeutig und lasse keine Interpretation zu. Die Überprüfungspflicht des Akupunktur nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 QV-A zur Feststellung des sechsmonatigen Schmerzintervalls könne sich nicht allein auf entsprechende Patientenangaben stützen. Erforderlich sei vielmehr eine aus dem Zeitraum vor Beginn der Akupunktur stammende ärztliche Schmerzdokumentation; bloße Befragungen des Patienten, seit wann er wegen der Schmerzen in anderweitiger ärztlicher Behandlung gewesen sei, reichten nicht aus. Das ergebe sich aus der Unterscheidung von „Überprüfung“ und „mindestens sechsmonatiges ärztlich dokumentiertes Schmerzintervall“ in der genannten Vorschrift. Ausreichend, aber auch erforderlich sei, dass aus der Patientendokumentation des Akupunktur hervorgehe, dass das Vorliegen artztkannter – gegebenenfalls anderweitig dokumentierter –, seit sechs Monaten bestehender Schmerzen nötigenfalls durch Nachfrage beim Vorbehandler überprüft worden sei. Es müsse eine ärztliche Behandlung des Patienten wegen einschlägiger Diagnosen durchgängig in den zwei Quartalen vor Beginn der Akupunktur vorliegen; die Behandlung wegen anderer Leiden, fehlende oder weiter zurückliegende Behandlungen reichten nicht aus, um ein sechsmonatiges ärztlich

Eingesandt von Prof. Dr. Thomas Clemens;  
bearbeitet von Rechtsanwältin Babette Christophers LL.M.,  
Fachanwältin für Medizinrecht, Fachanwältin für Sozialrecht,  
Wirtschaftsmediatorin,  
Voßgasse 3, 48143 Münster, Deutschland