

Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung 2013

Am 15. November 2013 fand zum neunten Mal die gemeinsame Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein in Düsseldorf statt. Unter der Moderation der Leiter der Arbeitsgruppen, Herrn Rechtsanwalt *Peter Peikert*, pwk & PARTNER Dortmund, und Herrn Rechtsanwalt *Dr. Karl-Heinz Möller*, Möller und Partner, Düsseldorf, trafen sich siebzig Kollegen aus dem gesamten Bundesgebiet, um aktuelle Fragen des ärztlichen Gesellschaftsrechts zu diskutieren. Die Präsentationen zu den Vorträgen sind – wie schon in den vergangenen Jahren – über die Homepage der AG Medizinrecht (<http://www.arge-medizinrecht.de>) abrufbar.

Den ersten Vortrag zum Thema „**Die Gestaltung einer Ausscheidensvereinbarung**“ hielten Herr Rechtsanwalt *Claus Pfisterer*, Castringius Rechtsanwälte & Notare, Bremen, und Herr Rechtsanwalt *Dr. Andreas Meschke*, Möller und Partner, Düsseldorf. Derartige Vereinbarungen sollten nicht erst im Ausscheidensfall geschlossen werden, sondern am besten bereits bei Gründung einer Berufsausübungsgemeinschaft, da dann noch die größte Übereinstimmung der Gesellschafter bestehe. Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages sei den Ausscheidensregelungen mehr Aufmerksamkeit zu widmen als den Gewinnverteilungsregelungen. Die Bedeutung derartiger Vereinbarungen ergebe sich auch daraus, dass sie für die gewollte Abweichung von den gesetzlichen Regelungen (z.B. § 737 BGB oder § 734 BGB) erforderlich seien; sonst würde die Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters aufgelöst und der Erlös nach Gewinnanteilen verteilt.

Es seien verschiedene Konstellationen zu unterscheiden: Zwei- oder mehrgliedrige Gesellschaft und aus welchem Grund ein Gesellschafter ausscheide. Weitere wichtige Faktoren für die Vertragsgestaltung seien die Zahl der Gesellschafter und ihr Alter, der Umfang des Gesellschaftsvermögens und bestehende langfristige vertragliche Bindungen (z.B. Mietverträge). Ein Gesellschafter könne aus vielen Gründen ausscheiden: Durch eigene Kündigung (vertragsarztrechtlich jederzeit möglich)¹ oder

¹ BSG, Urt. v. 19.8.1992 – 6 RKa 36/90, NJW 1993, 1547.

Ausschluss, Insolvenz der Gesellschaft oder des Gesellschafters, Erreichen einer Altersgrenze, Tod² oder Berufsunfähigkeit.

Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts führe das Ausscheiden eines Gesellschafters kraft Gesetzes zur Auflösung der Gesellschaft (§ 736 Abs. 1 BGB), bei der Partnerschaftsgesellschaft nur zum Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters (§ 9 Abs. 1 PartGG i.V.m. § 131 Abs. 3 S. 1 HBG). Es könne geregelt werden, dass die anderen Gesellschafter eine Liquidation erzwingen könnten, z.B. durch ein Anschlusskündigungsrecht oder den Verzicht auf ein „Übernahmerecht“. Eine Fortführungsklausel führe grundsätzlich dazu, dass der kündigende Gesellschafter ausscheide. Auch wenn die Mehrheit der Gesellschafter kündige, führe die verbleibende Minderheit die Gesellschaft fort³. Um diese allerdings vor zu großen wirtschaftlichen Belastungen zu schützen, sei die Möglichkeit einer Anschlusskündigung sinnvoll. Gerade diese müsse genau formuliert werden, insbesondere bei mehrgliedrigen Gesellschaften, da es insoweit zu einer Kündigungskaskade kommen könne. Beim (von vornherein geplanten) Ausscheiden eines Senior-Gesellschafters könne daran gedacht werden, die Anschlusskündigung – und auch ausdrücklich zur Klarstellung die ordentliche Kündigung – durch die anderen Gesellschafter auszuschließen.

Intensiv diskutiert wurden die Fragen des Hinauskündigungsrechts, d.h. des Rechts, einen Gesellschafter ohne besonderen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen. Dies sei als gesellschaftsrechtliche Probezeit weit verbreitet und auch sinnvoll. Allerdings sei dieses Recht nicht unbefristet zulässig; anerkannt wurde bisher eine Probezeit von drei Jahren⁴. Bekannt wurden allerdings Überlegungen eines ehemaligen Vorsitzenden Richters am BGH, nach der Einführung von § 103 Abs. 4a BGB nur noch eine Probezeit von zwei Jahren anzuerkennen⁵. Ob bei dieser Frist auch eine vorherige Anstellung zu berücksichtigen sei, sei ebenfalls noch nicht entschieden; hiergegen spreche aber, dass der Status als angestellter Arzt sich deutlich vom Status als Gesellschafter unterscheide. In die Probezeit müsse nicht das Wirksamwerden der Kündigung fallen, sondern nur der Ausspruch der Kündigung. Detailliert geregelt

² Ob in diesem Fall die Erben für eine Übergangszeit (analog § 4 Abs. 3 BMV-Ä) an der Gesellschaft beteiligt sein könnten, wenn sie auf ärztliche Entscheidungen keinen Einfluss nehmen, wurde nur andiskutiert, aber nicht vertieft.

³ BGH, Urt. v. 7.4.2008 – II ZR 3/06, NJW 2008, 1943.

⁴ BGH, Urt. v. 7.5.2007 – II ZR 281/05, MedR 2007, 595.

⁵ Goette, AnwBl. 2007, 637 (643); siehe dazu auch Heller/Kanter, GesR 2009, 346 (350).

werden sollten die formellen Details des Kündigungsrechts. Je nach Konstellation könne es auch sinnvoll sein, die Motivation der Gesellschafter im Vertrag festzuhalten.

Die Insolvenz eines Gesellschafters führe nach § 728 Abs. 2 S. 1 BGB zur Auflösung der Gesellschaft. Daher müsse angedacht werden, ein automatisches Ausscheiden des Gesellschafters mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen vorzusehen; ein Ausschluss komme bei unterbleibender Abdingung der gesetzlichen Vorgabe immer zu spät.

Auch für den Fall einer langandauernden Erkrankung oder Berufsunfähigkeit sollte das Ausscheiden geregelt werden. Hintergrund sei, dass Vertretung (§ 32 Abs. 1 Ärzte-ZV) und Ruhen der Zulassung (§ 26 Ärzte-ZV) nur beschränkt möglich seien, ansonsten eine Entziehung der Zulassung drohe und die Abrechnungsmöglichkeiten gesichert werden sollten. Es müsse der Maßstab für die Berufsunfähigkeit bestimmt werden⁶; unterhalb dieser Schwelle könne z.B. die Ergebnisbeteiligung angepasst werden. Der erkrankte Gesellschafter müsse verpflichtet werden, das Krankheitsbild mitzuteilen, damit klar sei, welchem Fachgebiet ein Gutachter angehören müsse. Besonders komplex stelle sich das Verfahren zur Benennung eines Gutachters dar, da einige Ärztekammern inzwischen keine Gutachter mehr benennen würden; ggf. sei eine Staffelung verschiedener Benennungspersonen vorzunehmen. Bei mehreren Vorschlägen sei das Auswahlrecht zu regeln. Wenn sich der erkrankte Gesellschafter weigere, an einer Begutachtung mitzuwirken, sei die Berufsunfähigkeit zu fingieren.

Die vermögensrechtliche Auseinandersetzung könne auf mehreren Wegen erfolgen. Eine Liquidation sei mit einer Zerschlagung des Vermögens und der möglichen steuerschädlichen Aufdeckung stiller Reserven verbunden; zu regeln sei die Abwicklung bestehender Vertragsverhältnisse. Konflikte drohten bei der Verteilung der Vermögensgegenstände und den Praxisräumen. Alternativ könne ein Ausscheiden ohne Abfindung geregelt werden, d.h. im Sinne einer Realteilung. Diese stelle die natürliche Form der Auseinandersetzung von Freiberuflersozietäten dar⁷; anders sei dies nur bei einem strukturellen gravierenden Chancenungleichgewicht⁸. Die Umsetzung der Realteilung erfordere insbesondere eine Aufteilung der Patientendaten. Soweit ein Gesellschafter die Patientenakten verwalte, stehe den Patienten das Recht zu, Kopien anzufordern (§ 630g Abs. 1 BGB); dies beeinträchtige in den meisten Fällen

⁶ Z.B. § 17 Abs. 1a BMV-Ä.

⁷ *BGH*, Beschl. v. 31.5.2010 – II ZR 29/09, NJW 2010, 2660.

⁸ *BGH*, Beschl. v. 18.9.2012 – II ZR 94/10, ZMGR 2013, 51; *OLG Schleswig*, Urt. v. 29.1.2004 – 5 U 46/97, MedR 2004, 215; *OLG Celle*, Urt. v. 29.5.2002 – 9 U 310/01, MedR 2003, 102.

aber den Praxisbetrieb. Die Teilung elektronischer Patientenakten sei oft nur schwer möglich; eine Spiegelung bedeute aber, dass in Zukunft alle ehemaligen Gesellschafter Zugriff auf die Daten hätten. Bei einer Realteilung sei auch über die Patienteninformation zu sprechen.

Bei einer Abfindung gegen Geld bestehe das Problem, dass der fortführende Gesellschafter oft auch dann einen immateriellen Gesellschaftsanteil abgelten müsse, wenn kein Nachfolger gefunden werde. Dies sollte vermieden werden. Die Abfindung selbst könne nach der modifizierten Ertragswertmethode ermittelt werden⁹, wobei ein kalkulatorischer Arztlohn anzusetzen sei¹⁰. Bei der Abfindung für das Anlagevermögen sollte dringend eine Bereinigung der Kapitalkonten vorgenommen werden, da häufig Buchwerte auch auf dem Kapitalkonto gebucht seien. Mischformen dieser Ausscheidensregelungen (z.B. Abfindung für den zurückgelassenen materiellen Gesellschaftswert und Mitnahme des immateriellen Anteils in Gestalt der Zulassung) seien immer dann problematisch, wenn der ausscheidende Gesellschafter nicht mehr selbst ärztlich tätig werden könne (Tod, Berufsunfähigkeit) oder wolle (Verlagerung des Lebensmittelpunktes oder berufliche Umorientierung); zumindest im letzteren Fall habe der betroffene Gesellschafter das Risiko selbst zu tragen.

Einen Sonderfall stellten „Aufzwingungsklauseln“ dar, wonach der ausscheidende Gesellschafter seinen Anteil frei verkaufen könne und die übrigen Gesellschafter nur in sehr beschränktem Maße einen Interessenten ablehnen könnten. Alternativ könnte die Zulassung in eine Arztstelle umgewandelt werden, verbunden mit einer Abfindungsregelung. Hier sei – wie allgemein bei Arztstellen – noch zu regeln, wie diese beim Ausscheiden des Arztes behandelt werden, dem die Arztstelle zugeordnet sei. Eine Goodwillabfindung sollte dann ausgeschlossen werden, wenn die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes zur Nachbesetzung (§ 103 Abs. 3a SGB V) abgelehnt werde; dies könnte vor allem Inhaber hälftiger Zulassungen betreffen.

Der ausgeschiedene Gesellschafter habe gegen die verbleibenden Gesellschafter einen Freistellungsanspruch (§ 738 Abs. 1 BGB). Dieser sollte in Höhe, Umfang und Durchsetzbarkeit beschränkt werden; zugleich sollten die verbleibenden Gesellschafter eine Entlassung des ausgeschiedenen Gesellschafters aus den vertraglichen Verpflichtungen durch die Gläubiger erreichen. Bei wechselseitigen Erledigungserklä-

⁹ BGH, Urt. v. 2.2.2011 – XII ZR 185/08, BGHZ 188, 249; Urt. v. 9.2.2011 – XII ZR 40/09, BGHZ 188, 282.

¹⁰ BSG, Urt. v. 14.12.2011 – B 6 KA 39/10 R, BSGE 110, 34.

rungen sei zu berücksichtigen, dass einige Gläubiger auch nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters oder der Auflösung einer Gesellschaft alle Gesellschafter in Anspruch nehmen könnten (z.B. KV, Prüfungsgremien oder Finanzbehörden). Bei Vertragszahnärzten seien noch Sonderregelungen für den Gewährleistungsanspruch bei Zahnersatz (§ 137 Abs. 4 SGB V) nötig.

Die Zulassung sei zwar als Recht höchstpersönlicher Natur unübertragbar und unpfändbar¹¹; jedoch könnten die verbleibenden Gesellschafter die Ausschreibung einer frei gewordenen Zulassung beantragen¹². Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die den ausscheidenden Gesellschafter zur Zurücklassung seiner Zulassung in der Gesellschaft verpflichte, sei jedenfalls dann zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt sei¹³. Ein derartiger Grund sei es z.B., wenn der betroffene Gesellschafter die Zulassung aus der Gesellschaft heraus erhalten und die Praxis nicht entscheidend geprägt habe¹⁴.

Ohne ein ausdrückliches Wettbewerbsverbot sei der ausscheidende Gesellschafter nicht verpflichtet, Wettbewerb zu unterlassen¹⁵; er gefährde auch nicht seinen materiellen Abfindungsanspruch, für die Goodwill-Abfindung könne jedoch aufgrund der Rechtsprechung zu „impliziten Mandantenschutzklauseln“¹⁶ etwas anderes gelten. Das Wettbewerbsverbot müsse zeitlich (maximal zwei Jahre¹⁷), räumlich¹⁸ und gegenständlich angemessen sein. Aus dem Grundsatz der freien Vertragsarztwahl (§ 13 Abs. 3 S. 1 BMV-Ä) folge aber auch, dass die faktische Ausübung von Wettbewerb nicht verhindert werden könne.

Zum festen Ablauf der Tagung gehört ein Vortrag aus steuerlicher Sicht. Diesen Teil übernahm erneut Herr Steuerberater Dr. *Rolf Michels*, Laufenberg, Michels & Partner, Köln, und ergänzte den ersten Vortrag mit „**Steuerliche Probleme im Zusammenhang mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters**“. Dabei unterschied

¹¹ BSG, Urt. v. 10.5.2000 – B 6 KA 67/98 R, BSGE 86, 121.

¹² BSG, Urt. v. 25.11.1998 – B 6 KA 70/97 R, MedR 1999, 382.

¹³ OLG Hamm, Urt. v. 11.4.2011 – I-8 U 100/10, MedR 2011, 725 (rkr.).

¹⁴ BGH, Urt. v. 22.7.2002 – II ZR 90/01, BGHZ 151, 389; II ZR 265/00, NJW 2002, 3538.

¹⁵ OLG Celle, Urt. v. 16.8.2006 – 9 U 6/06, NJW-RR 2007, 65.

¹⁶ BGH, Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, NJW 2000, 2584.

¹⁷ BGH, Urt. v. 8.5.2000 – II ZR 308/98, NJW 2000, 2584; Urt. v. 29.9.2003 – II ZR 59/02, NJW 2004, 66.

¹⁸ Ob durch die Änderung der Bedarfsplanungs-Richtlinie hier eine Änderung erfolgt, muss abgewartet werden.

er zwischen einer Abfindungszahlung (entweder in bar oder in Sachwerten) sowie der Realteilung (die insbesondere bei Gemeinschaftspraxen noch einmal dahingehend differenziert werden müsse, ob ein Übergang in das Sonderbetriebsvermögen oder in das gesamte Betriebsvermögen erfolge). Bei einem Ausscheiden gegen Barabfindung erziele der Ausscheidende einen Veräußerungsgewinn. Im Gegenzug habe der Übernehmer Anschaffungskosten, die er abschreiben könne. Bei der Realteilung handele es sich um eine Betriebsaufgabe auf Ebene der Mitunternehmerschaft; im Gegenzug scheide bei einer Sachwertabfindung ein Mitunternehmer aus der weiter existierenden Mitunternehmerschaft gegen Übernahme von Sachwerten aus. Die Übernahme von Verbindlichkeiten sei steuerneutral im Rahmen der Realteilung möglich, während dies bei der Sachwertabfindung einen Teil-Veräußerungsvorgang auslöse. Die Übertragung von Wirtschaftsgütern löse bei einer Sachwertabfindung immer, bei der Realteilung nur in bestimmten Fällen eine dreijährige Sperrfrist aus (§ 16 Abs. 3 EStG)¹⁹. Im Rahmen der Auseinandersetzung könnten Wirtschaftsgüter in das jeweilige Betriebsvermögen eines bisherigen Mitunternehmers steuerneutral übertragen werden, nicht aber in das Gesamthandsvermögen einer anderen Mitunternehmerschaft (z.B. beim Beitritt zu einer anderen Berufsausübungsgemeinschaft). Soweit Wirtschaftsgüter im Rahmen der Realteilung nicht übertragen, sondern lediglich überführt werden (wenn kein Rechtsträgerwechsel eintritt, wie es zum Beispiel bei Übertragung aus einem Sonderbetriebsvermögen in Einzelbetriebsvermögen der Fall sei), greife die Sperrfrist des § 16 Abs. 3 S. 3 EStG nicht ein.

Bei der Sachwertabfindung gelte § 6 Abs. 5 EStG. Danach seien Übertragungen zwischen Sonder-/Gesamthands-/Einzelbetriebsvermögen weitgehend zum Buchwert möglich. Voraussetzung sei immer, dass die Übertragung unentgeltlich oder gegen die Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolge. Allerdings seien einzelne Ausnahmen zu beachten: eine Übertragung zwischen zwei Gesamthandsvermögen sei nicht zum Buchwert möglich. Zudem sei die Übernahme von Verbindlichkeiten schädlich. In beiden Fällen handelt sich um einen entgeltlichen Veräußerungsvorgang, bei dem die stillen Reserven aufgedeckt werden müssten. Soweit ein Rechtsträgerwechsel stattfinde, sei wiederum die dreijährige Sperrfrist zu beachten.

Anschließend zeigte *Michels* anhand verschiedener Beispiele auf, wie sich dies auswirke. Wenn ein Gesellschafter aus einer Gemeinschaftspraxis ausscheide und im Sinne einer Abfindung einzelne Patienten und/oder Geräte der Gemeinschaftspraxis in

¹⁹ Berechnet ab der Abgabe der letzten Steuererklärung für den betreffenden Zeitraum.

eine Einzelpraxis überführe, sei dies auf zwei Ebenen zu betrachten. Da der ausscheidende Gesellschafter die Buchwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter fortführe, entstehe kein Veräußerungsgewinn; ebenso wenig hätten die verbleibenden Gesellschafter Anschaffungskosten. Allerdings löse die steuerneutrale Buchwertübertragung eine dreijährige Behaltefrist aus. Dies erfordere, dem Ausscheidenden über eine vertragliche Regelung die Folgen eines Verstoßes zuzurechnen. Dies sei insbesondere dann von Bedeutung, wenn der ausscheidende Gesellschafter innerhalb der Wohlverhaltenfrist seine Praxis veräußere, da dann auch für die verbleibenden Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis ein Veräußerungsgewinn entstehe. Auch wenn der einzelne Arzt innerhalb der Wohlverhaltenfrist seine Praxis (grundsätzlich steuerneutral nach § 24 UmwStG) gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine andere Gemeinschaftspraxis einbringe, könne dies steuerschädlich sein.

Soweit eine Gemeinschaftspraxis im Wege der Realteilung in Einzelpraxen aufgeteilt werde, sei dies steuerneutral möglich. In diesem Fall dürften auch Verbindlichkeiten übernommen werden. Hier sei allerdings wiederum die Sperrfrist von drei Jahren zu beachten. Wenn eine Gemeinschaftspraxis jedoch in mehrere Gemeinschaftspraxen aufgeteilt werde, sei ungeklärt, ob dies zur Aufdeckung sämtlicher stille Reserven aller Praxen führe. Eine gesetzliche Regelung hierfür sei nicht vorhanden; die Finanzverwaltung vertrete teilweise die Auffassung, dass dies nicht steuerneutral möglich sei. Als Ausweg biete es sich eventuell an, das Gesellschaftsvermögen zunächst in Sonderbetriebsvermögen der einzelnen Ärzte aufzuteilen. So würden die Ärzte das jeweilige Vermögen im Sonderbetriebsvermögen an die neuen Gemeinschaftspraxen überlassen. Die neuen Gemeinschaftspraxen hätten dann kein Vermögen. Ob diese Gestaltung allerdings in der Praxis umsetzbar sei, wäre fraglich.

Anschließend stellte *Michels* verschiedene umsatzsteuerrechtliche Probleme dar. Dies betreffe insbesondere die isolierte Übertragung des Praxiswerts. § 1 Abs. 1a UStG nehme die Geschäftsveräußerung von der Umsatzsteuer aus. Allerdings setze dies voraus, dass ein gesondert geführter Betrieb im Ganzen übertragen werde. Die isolierte Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter (wie z.B. des Patientenstammes) sei hingegen eine sonstige Leistung im Sinne des § 3 Abs. 9 S. 1 UStG und als solche umsatzsteuerpflichtig. Es müsse daher immer geprüft werden, ob hier eine Umsatzsteuerpflicht vorliege. Dies sei nur dann nicht der Fall, wenn die gesamte Praxis verkauft werde, ein gesondert geführter Teil der Praxis (Teilbetrieb) oder ein Gesellschaftsanteil an einer Gemeinschaftspraxis. Eine weitere Ausnahme stelle die so

genannte Kleinunternehmerregelung dar. Wenn ein Arzt im vorangegangenen Jahr weniger als 17.500 Euro umsatzsteuerpflichtige Einnahmen und im laufenden Jahr voraussichtlich weniger als 50.000 Euro umsatzsteuerpflichtige Einnahmen erzielt hat, habe er als Kleinunternehmer auch bei der Mitnahme einzelner Wirtschaftsgüter kein Umsatzsteuerrisiko.

Schließlich ging es um die Probleme beim Übergang von der Einnahmen-Überschuss-Rechnung zu Ausscheidensbilanz. Eine Abfindungsbilanz stelle die Vermögenslage einer Personengesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens oder einer Trennung dar. Ziel sei, die tatsächliche Vermögenslage der Gesellschaft zum Stichtag des Ausscheidens zu bewerten. Die steuerliche Bilanz erfasse Vermögensgegenstände mit den steuerlichen Werten, die aber im Regelfall nicht den Zeitwerten entsprächen. Daher sei bei der Abfindungsbilanz der Verkehrswert anzusetzen. Besondere Probleme stellten insoweit die Kapitalkonten der Gesellschafter dar. Hier könne es gerade beim Wechsel zu einer Abfindungsbilanz zu einem erheblichen „Übergangsgewinn“ kommen. Außerdem seien die Kapitalkonten häufig in der Vergangenheit nicht oder fehlerhaft fortgeführt worden. Weiterhin gebe es bei den Auseinandersetzungsbilanzen noch einige rechtliche Probleme. Nach den handelsrechtlichen Grundsätzen dürften wertrelevante Tatsachen, die am Bilanzstichtag noch nicht bestanden haben, nicht mehr berücksichtigt werden. Dies gelte z.B. für die Geltendmachung von Regressansprüchen oder die Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen, die erst nach dem Ausscheiden geltend gemacht bzw. nachgefordert werden. Insoweit sei eine ausdrückliche vertragliche Regelung dringend geboten, nach der beispielsweise auch diese Ausgaben abweichend von den handelsrechtlichen Grundsätzen in der Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen seien. Insgesamt gesehen seien Abfindungsbilanzen sehr problematisch und müssten immer von einem Fachmann überprüft werden. Es sei zu raten, im Gesellschaftsvertrag zu formulieren, welche Vermögensgegenstände nach welcher Vorschrift bewertet werden sollen. Unnötige Komplikationen seien zu vermeiden (z.B. nur die Bestimmung des Verkehrswertes von Großgeräten über einen Gutachter). Bestimmte Sachverhalte sollten abweichend von den handelsrechtlichen Vorschriften geregelt werden. Es sei ausdrücklich zu klären, wie wertbegründende und wertaufhellende Tatsachen nach Fertigstellung des Rechnungsabschlusses zu berücksichtigen sein.

Nach der Mittagspause referierte Herr Rechtsanwalt Dr. *Daniel Geiger*, Dierks & Bohle, Berlin, über „**Beteiligungsmodelle auf dem Prüfstand**“. Als Prüfungsmaßstab verwandte er die Regelungen des ärztlichen Berufsrechts, des SGB V sowie des Strafrechts. Beteiligungsmodelle seien immer wieder Gegenstand von Presseberichten; die Krankenkassen seien ebenfalls sehr kritisch eingestellt²⁰. Grundsätzlich umfasse die Berufsfreiheit des Arztes auch die Freiheit, sich an sonstigen Unternehmen zu beteiligen. Begrenzungen ergäben sich insbesondere aus § 3 Abs. 1 und Abs. 2 MBO-Ä. Danach seien Tätigkeiten, die mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufes nicht vereinbar seien, für diese inkompatibel. Unzulässig sei das Mitwirken an der Abgabe von Waren sowie der Erbringung gewerblicher Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit. Desweiteren enthielten die §§ 31 ff. MBO-Ä eine Vielzahl von Regelungen, mit denen die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit sichergestellt werden solle, z.B. das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt oder ein Empfehlungsverbot. Bei sämtlichen Kooperationsbeziehungen mit der Industrie seien Angemessenheit und Schriftlichkeit zu beachten. Der Begriff des Vorteils sei dabei sehr weit zu verstehen und umfasse jede Leistung, auf die der Berufsträger keinen Anspruch habe und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessere²¹. Dies umfasse auch Einnahmen aus gesellschaftsrechtlichen Beteiligung. Allerdings sei ein entsprechender Vorteil nur dann rechtswidrig, wenn er gerade „für die Zuweisung“ erfolge. Es müsse also ein berufsrechtswidriger Konnex (Unrechtsvereinbarung) vorliegen. Soweit die Verweisung des Arztes kausal für seinen Vorteil sei und seine Gewinnbeteiligung unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen abhängt, führe dies zur Unzulässigkeit der Beteiligung. Zunächst zulässig sei hingegen eine Beteiligung, wenn ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführung des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheine²². In diesem Zusammenhang seien auch die Kriterien der Bundesärztekammer zur unternehmerischen Betätigung von Ärztinnen und Ärzten und Beteiligungen an Unternehmen²³ zu berücksichtigen, denen – trotz fehlender rechtlicher Verbindlichkeit – eine erhebliche faktische Wirkung

²⁰ Siehe Pressemitteilung des GKV-Spitzenverbandes v. 22.5.2012: „Studie belegt: Zuweisungen gegen Entgelt keine Einzelfälle - erhebliches Korruptionspotential“ (abrufbar unter http://www.gkv-spitzenverband.de/presse/pressemitteilungen_und_statements/pressemitteilung_4613.jsp).

²¹ BGH, Urt. v. 23.5.2002 – 1 StR 372/01, BGHSt 47, 295 (304).

²² BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 112/08, MPR 2011, 88.

²³ DÄBl. 2013, A 2226.

zukommen dürfte; die KBV hatte in diesem Jahr ebenfalls einen Leitfaden zu Kooperationen im Gesundheitswesen veröffentlicht²⁴.

Eine Beteiligung ohne Bezug zum Arztberuf sei grundsätzlich zulässig. Soweit ein Bezug zum Arztberuf vorhanden sei, komme es vor allem auf sachliche und räumliche Trennung an oder darauf, ob die Beteiligung gesetzlich ausdrücklich erlaubt sei (z.B. Kooperation im Rahmen eines MVZ). Mittelbare Beteiligungen seien ebenfalls problematisch, wenn ein naher Verwandter als Strohmann für den Arzt die Beteiligungen halte²⁵. Das Schutzgut des Empfehlungsverbotesei die Wahlfreiheit des Patienten; diese sei immer schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt dem Patienten von sich aus einen bestimmten Leistungserbringer empfehle. Soweit der Patient um eine Empfehlung bitte, habe der Arzt grundsätzlich alle in Betracht kommenden Leistungserbringer zu nennen²⁶. Hinreichende Gründe, einen Leistungserbringer nicht zu nennen, könnten nur die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegstrecken der gehbehinderten Patienten oder schlechte Erfahrungen sein; umgekehrt berechtigten gute Erfahrungen nicht dazu, nur einen Leistungserbringer zu empfehlen. Bei Verstößen komme das gesamte Sanktionsinstrumentarium des Berufsrechts zur Anwendung. Zivilrechtlich seien entsprechende Verträge gemäß § 134 BGB nichtig; ob bereits geleistete Zuwendungen zurückgefordert werden könnten, sei jedoch eher zweifelhaft (vgl. § 817 S. 2 BGB). Daneben kämen noch Schadensersatzansprüche sowie Ansprüche aus Wettbewerbsrecht in Betracht.

Als weiterer Kontrollmaßstab sei § 128 SGB V heranzuziehen. Diese Norm sei im Jahre 2008 zunächst nur für den Hilfsmittelbereich geschaffen worden²⁷. Schon nach kurzer Zeit sei sie auf den Arzneimittelbereich erweitert worden²⁸ und zum Jahre 2012 auch auf den Heilmittelbereich²⁹. Sie beinhalte ein Depotverbot, ein Beteiligungsverbot, ein Zuwendungsverbot und das sog. „IGeL-Verbot“. Allerdings erfasse sie nur den Bereich der GKV und nur den ambulanten Bereich. Besondere Versorgungsformen seien bisweilen privilegiert. § 128 Abs. 2 S. 1 Fall 2 SGB V erkläre die Gewährung sämtlicher Zuwendungen im Zusammenhang mit der Verordnung von Hilfs-, Heil- und

²⁴ KBV, Richtig kooperieren, abrufbar unter <http://www.kbv.de/42541.html>.

²⁵ BGH, Urt. v. 13.1.2011 – I ZR 112/08, MPR 2011, 88.

²⁶ OLG Schleswig, Urt. v. 14.1.2013 – 6 U 16/11, ZMGR 2013, 201.

²⁷ GVK-OrgWG v. 15.12.2008, BGBl. I S. 2426.

²⁸ 15. AMG-Novelle v. 17.7.2009, BGBl. I S. 1990.

²⁹ GKV-VStG v. 22.12.2011, BGBl. I S. 2983.

Arzneimitteln für unzulässig. Beispielhaft seien in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V auch Einkünfte aus der Beteiligung an Unternehmen von Leistungserbringern, die Vertragsärzte durch ihr Verordnungs- oder Zuweisungsverhalten selbst maßgeblich beeinflussen, genannt. Dieses Verbot gelte spiegelbildlich auch für Vertragsärzte (§ 73 Abs. 7 SGB V). Ein besonderes Problem gebe es mit dem Verständnis von § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V wegen einer Änderung durch das GKV-VStG: Während die Definition sich vorher alleine auf „wirtschaftliche Vorteile“ bezog, also ein Tatbestandsmerkmal definiert wurde, definiere sie nunmehr „unzulässige Zuwendungen“, enthalte also direkt das Subsumtionsergebnis wohl ähnlich einer unwiderleglichen Vermutung. In den Gesetzesmaterialien fänden sich hierfür keine weiteren Erklärungen. Die Vorschrift dürfte daher einer verfassungskonformen Auslegung bedürfen. Ein weiteres Problem sei, ob auf eine potentielle oder tatsächliche Einflussnahme abzustellen sei. Durch eine Streichung in § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V habe der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass es auf die tatsächliche Beeinflussung des Ordnungsverhalten von Ärzten ankomme³⁰. Im Gegensatz zum strengen Maßstab z.B. in § 299 StGB, der eine konkrete Unrechtsvereinbarung voraussetze, reiche bei § 128 SGB V eine gelockerte Unrechtsvereinbarung (vergleichbar § 331 StGB). Verstöße gegen das Verbot des § 128 SGB V seien von den Krankenkassen zu sanktionieren (§ 128 Abs. 3 SGB V). Von großer praktischer Bedeutung seien jedoch auch die Regelungen des Wettbewerbsrechts, da ein Verstoß gegen § 128 SGB V nach § 4 Nr. 11 UWG sanktioniert werden könne.

In strafrechtlicher Hinsicht habe der Bundesgerichtshof festgestellt, dass die Korruptionsdelikte bei der „Bestechung“ von Vertragsärzten nicht anwendbar seien³¹. Schon der Bundesgerichtshof hatte darauf hingewiesen, dass eine Änderung durch den Gesetzgeber angezeigt sein könnte. Den Vorschlag der Regierungskoalition zur Einführung eines neuen § 70 Abs. 3 S. 2-4 SGB V und § 307a SGB V³² habe die Mehrheit der Bundesländer zurückgewiesen. Nach dem bisherigen Informationsstand über die Koalitionsverhandlungen dürfte die neue Bundesregierung die Initiative der Länder Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern und Rheinland-Pfalz zu Einführung eines neuen § 299a StGB³³ umsetzen. Schon jetzt seien in der Rechtsprechung aber Ausweichbewegungen zu verzeichnen, indem auf die Betrugsdelikte zurückgegriffen

³⁰ Vgl. BT-Drs. 17/8005, S. 119 zu Nr. 46 Buchst. a.

³¹ BGH, Beschl. v. 29.3.2012 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202.

³² BT-Drs. 17/13080.

³³ BR-Drs. 451/13.

werde³⁴; dabei werde auf eine streng formale Betrachtungsweise zurückgegriffen, die nach Auffassung des Bundesgerichtshofs sowohl im Bereich der PKV als auch im Bereich der GKV anzuwenden sei³⁵.

Im Bereich der Antikorruption sei auf vier Grundsätze abzustellen, nämlich die Äquivalenz, die Trennung, die Transparenz und die Dokumentation. Ein besonderes Problem sei hierbei die Angemessenheit. Ob alleine das Abstellen auf die Vorgaben der GOÄ immer entsprechende Sicherheit biete, sei nicht gesichert; teilweise gingen die Gerichte davon aus, dass die höhere und nicht budgetierte Vergütung nach der GOÄ für die Ärzte einen in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht „unsachlichen“ Anreiz schafften³⁶. Allerdings finde sich in einer Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses zu arzneimittelrechtlichen Prüfungen der Hinweis, dass die Kalkulation der Entschädigung in Anlehnung an die GOÄ grundsätzlich nicht als Anreiz eine bevorzugte Verschreibung zu sehen sei; es komme jedoch auf den Einzelfall an³⁷.

Es gebe – ausgehend von entsprechenden Vorbildern in den USA – Bestrebungen, die pharmazeutische Industrie zu verpflichten, sämtliche Zuwendungen an Ärzte offenzulegen („Physician Payment Sunshine Act“)³⁸. Ob diese Bestrebungen auf gesetzlicher Ebene umgesetzt würden, sei noch unklar.

Den abschließenden Vortrag zum Thema „**Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung als Trägerin von Arztpraxen und MVZ**“ hielt Herr Rechtsanwalt *Mark Kroel*, pwk & PARTNER, Dortmund. Die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung³⁹ sei vom Gesetzgeber als Alternative zur Limited Liability Partnership (LLP) gedacht. Es handele sich nicht um eine neue eigenständige Rechtsform, sondern nur um eine Variante zur Partnerschaftsgesellschaft. Die grundlegende gesetzliche Regelung sei § 8 Abs. 4 PartGG. Die Gesellschaft selbst hafte unbegrenzt mit ihrem Gesellschaftsvermögen (§ 8 Abs. 1 PartGG). Daneben gebe es noch die Haftung des persönlich beteiligten Partners (§ 8 Abs. 2 PartGG). Diese Haftung könne in § 8 Abs. 4 PartGG beschränkt werden; diese Beschränkung

³⁴ *AG Landsberg am Lech*, Urt. v. 16.1.2013 – 6 Ls 200 Js 141129/08, MedR 2013, 735.

³⁵ *BGH*, Urt. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, BGHSt 57, 95.

³⁶ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 121/08, ZMGR 2009, 384.

³⁷ BT-Drs. 17/13770, S. 27 zu Art. 1 Nr. 7 Buchst. a.

³⁸ Deutscher Ärztetag 2013, Beschluss I-50, veröffentlicht in DÄBl. 2013, A 1175 f.

³⁹ Eingeführt mit dem Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung v. 15.7.2013 (BGBl. I S. 2386)

gelte jedoch insbesondere nicht für deliktische Ansprüche, berufsneutrale Verbindlichkeiten und Freistellungsansprüche von Arbeitnehmern. Bezüglich der Haftung für Verbindlichkeiten gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung gelte die Beschränkung nicht bei Honorarrückforderungen und auch nicht bei verschuldensunabhängige Regressforderungen, für die die Gesellschafter der Berufsausübungsgemeinschaft ohnehin unmittelbar haften⁴⁰. Problematisch sei, dass nach der gesetzlichen Vorgabe eine Haftpflichtversicherung entsprechend den berufsrechtlichen Regelungen vorhanden sein müsse. Wenn es keine entsprechende berufsrechtliche Regelung gebe, könne eine entsprechende Haftungsbeschränkung nicht erfolgen. Zurzeit seien gerade bei den Ärztekammern keine Bestrebungen erkennbar, entsprechende berufsrechtliche Regelungen zu erlassen. Ein besonderes Problem in diesem Zusammenhang sei die Bestimmung der Mindesthöhe der Versicherungen. Solange dies noch nicht geschehen sei, sei die PartmbB für Ärzte keine zulässige Gesellschaftsform.

Bei der Ankündigung der neuen Gesellschaft sei § 7 Abs. 5 PartGG zu beachten. Die Beschränkung sei zur Eintragung ins Partnerschaftsregister anzumelden (§ 4 Abs. 3 PartGG). Problematisch sei die Frage der Rechtsscheinhaftung: Im Unterschied zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bei der keine Registerpublizität vorliege, dürfte diese bei der Partnerschaftsgesellschaft eher nicht anzunehmen sein⁴¹.

Ob die Beschränkung der Außenhaftung den Partnern tatsächlich nütze, sei jedoch fraglich. Denn wenn ein Partner einen beruflichen Fehler begehe oder für die Partnerschaft hafte, hätten die anderen Partner sowie die Partnerschaft selbst einen Regressanspruch gemäß § 280 BGB. Die gesetzliche Haftungserleichterung des § 708 BGB werde regelmäßig im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen. Teilweise werde vertreten, dass mit der Umwandlung konkludent auch ein Haftungsausschluss für einfache Fahrlässigkeit vereinbart werde; in diesen Fällen hätte der schädigende Partner gegen die Gesellschaft einen Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB⁴². Eine versicherungsrechtliche Problematik bestehe darin, dass ein eventueller Regressanspruch im Leistungsfall auf die Haftpflichtversicherung übergehe (§ 86 VVG). Insoweit sei zu überlegen, ob nicht eine doppelte Haftpflichtversicherung

⁴⁰ Vgl. *BSG*, Urt. v. 20.10.2004 – B 6 KA 41/03 R, *MedR* 2005, 421; *SG Marburg*, Urt. v. 8.9.2010 – S 12 KA 126/10.

⁴¹ Siehe hierzu *OLG München*, Urt. v. 18.1.2001 – 29 U 2962/00, *NJW-RR* 2001, 1358; *Jaeger/Langenkamp*, *NJW* 2005, 3238; *Rahlmeyer/Sommer*, *VersR* 2008, 180.

⁴² *Wertenbruch*, *NZG* 2013, 1006.

bestehen müsse – zum einen für die Gesellschaft und zum anderen für jeden Partner. Der Anspruch auf Ausgleich eines eventuellen Fehlbetrages (§ 735 BGB) könne auch von einem Schädiger oder sonstigen Gläubigern der Gesellschaft gepfändet werden. Insgesamt gesehen sei die Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung für Arztpraxen nicht der große Wurf. Im Gesellschaftsvertrag sei darauf zu achten, dass kein ungewollter Ausschluss der Haftung bei einfacher Fahrlässigkeit erfolge und gesicherte Regelungen zur Fehlbetragshaftung enthalten seien.

Alle Anwesenden waren sich einig, dass die Veranstaltung in 2014 erneut stattfinden sollte. Als Termin wurde inzwischen der 7. November 2014 festgelegt.

Dr. Kyrill Makoski
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Medizinrecht
Möller und Partner, Düsseldorf