

Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung 2009

Dr. Kyrill Makoski, LL.M. (Boston University)

Das inzwischen zur Tradition gewordene jährliche Treffen der Arbeitsgruppen Vertragsgestaltung und Berufsrecht der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein fand am 6. November 2009 erneut in Düsseldorf statt. Unter der Leitung der Herren Rechtsanwälte *Dr. Karl-Heinz Möller* und *Peter Peikert* trafen sich knapp 80 Kolleginnen und Kollegen aus dem gesamten Bundesgebiet, um über aktuelle Fragen zu diskutieren.

Den Anfang im Reigen der Vorträge machte Herr Rechtsanwalt *Prof. Dr. Martin Rehborn*, Sozietät Dr. Rehborn Rechtsanwälte, Dortmund, mit einem Vortrag zum Thema **Due diligence beim Praxiskauf**. Eine derartige Prüfung, die im gesellschaftsrechtlichen Bereich zum Standardverfahren gehöre, sei beim Kauf von Arztpraxen oder auch von Praxisbeteiligungen eher unüblich – zu Unrecht! Dabei hänge die Notwendigkeit einer due diligence-Prüfung von Kaufpreis, Praxisgröße und der Erfahrung des Käufers ab. Die Ergebnisse einer derartigen Prüfung sollten in der Regel außerhalb des eigentlichen Kaufvertrages festgehalten werden. Im Folgenden unterschied Herr *Prof. Dr. Rehborn* zwischen dem Kauf der Sachgesamtheit Arztpraxis in ihren Einzelteilen („asset deal“) und dem Kauf der Anteile am Unternehmen Arztpraxis („share deal“). Der asset deal sei insoweit einfacher, als dass dort genau beschrieben werde, welche Teile des Unternehmens erworben würden und welche nicht. Daneben stehe in der Praxis jedoch der sogenannte share deal, um den es sich z.B. auch beim Kauf eines Anteils an einer Gemeinschaftspraxis handele. Dabei sei es wichtig, die jeweilige Gesellschaftsform zu ermitteln und zu beschreiben sowie auch zu ermitteln und zu beschreiben, worin der Anteil des Verkäufers bestehe. Bei der Ermittlung des Praxisvermögens und der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters sei insbesondere auf gesellschaftsinterne Verbindlichkeiten zu achten; unter Umständen hafte der Käufer auch für ein negatives Kapitalkonto des ausscheidenden Gesellschafters. Besonders zu berücksichtigen seien auch Gesellschaftsanteile, die im Praxisvermögen stünden, z.B. Anteil an einer Praxisgemeinschaft, einer Laborgemeinschaft, einer Apparategemeinschaft oder einer Genossenschaft. Um die Haftung des Käufers zu begrenzen, sollten sämtliche Verbindlichkeiten genau unter Angabe des aktuellen Schuldsaldos beschrieben werden; daneben bedürfe es einer Garantieerklärung des Verkäufers. In vertragsarztrechtlicher Hinsicht verwies Herr *Prof. Dr. Rehborn* auf das Urteil des BSG (MedR 2007, 669), wonach eine Gemeinschaftspraxis nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter aus ihrer bisherigen Tätigkeit in Einzelpraxis hafte. Bedeutsam seien aber immer noch die Fragen von Regressen, da dadurch unter Umständen das jeweilige Regelleistungsvolumen nachträglich reduziert werden könne. Zu prüfen sei immer auch, ob ein vorhandener Arztsitz nachbesetzt werden oder verlegt werden könne. Schließlich sei immer gesondert zu prüfen, inwieweit Honorarsteigerungen noch möglich seien. Angezeigt sei im Einzelfall auch eine zumindest stichprobenartige Prüfung der Privatliquidationen, um festzustellen, ob die angegebenen Umsätze dauerhaft zu

erwirtschaften seien. In berufsrechtlicher Hinsicht wies Herr *Prof. Dr. Rehborn* insbesondere auf die Gefahren von Kooperationsverträgen hin. Bei Arbeitsverhältnissen sei den Problempunkten des § 613a BGB volle Aufmerksamkeit zu widmen. Hierbei seien insbesondere Ehegattenarbeitsverhältnisse in den Blick zu nehmen. Bei der Prüfung der mietrechtlichen Situation sei zu bedenken, inwieweit das Mietverhältnis fortgesetzt werden könne, inwieweit ein Eintritt in den Mietvertrag möglich sei und ob unter Umständen eine Betriebspflicht bestehe. Daneben seien wirtschaftlich-unternehmerische Fragen nicht aus dem Blick zu verlieren. Eine Sonderregelung für die Beitrittshaftung enthalte § 75 Abs. 1 AO für betriebsbezogene Steuern.

Im Zuge der folgenden Diskussion wurde problematisiert, inwieweit ein in eine Praxis einsteigender Arzt überhaupt eine derart intensive Prüfung fordern könne. Insoweit wurde zu mehr Pragmatismus geraten. Der Vorschlag, einen Standardprüfungskatalog als Anhaltspunkt durch die Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht zu entwickeln, fand keine Mehrheit, da zum einen schon ausreichend Prüfungskataloge veröffentlicht seien und zum anderen mit einem derartigen Katalog nie alle Fälle erfasst werden könnten. Bedenken hinsichtlich der Schweigepflicht bei einer Prüfung der Privatliquidation könne dadurch begegnet werden, dass die Rechnungen anonymisiert würden. Teilweise wurde darauf hingewiesen, dass in vielen Gemeinschaftspraxen keine Kapitalkonten geführt würden. Hierbei könnten sich Risiken verbergen, die erst im Nachhinein aufgedeckt werden.

Anschließend trug Herr Steuerberater *Dr. Rolf Michels*, Laufenberg Michels und Partner, Köln, **Neues zur Umsatzsteuer bei ärztlichen Organisationsgemeinschaften (Praxis-, Apparat-, Laborgemeinschaften)** vor. Er verwies auf die zum 1. Januar 2009 geänderte Fassung des § 4 Nr. 14 lit. d UStG (vorher § 4 Nr. 4 S. 2 UStG). Danach sei die Vorschrift bezüglich der Umsatzsteuerfreiheit zwar erweitert worden und jetzt z.B. auch auf Krankenhäuser anwendbar. Allerdings sei auch eine Einschränkung dahingehend erfolgt, dass ärztliche Gemeinschaften von ihren Mitgliedern lediglich die genaue Erstattung des jeweiligen Anteils an den gemeinsamen Kosten fordern dürften. Diese Vorschrift werfe verschiedene Fragen auf. Erfordere die genaue Erstattung jeweils eine Umlage ohne Gewinnerzielungsabsicht; entspreche der jeweilige Anteil einer fairen Aufteilung der anfallenden Kosten (ggf. nach welchem Schlüssel) und sind die gemeinsamen Kosten die in der Gemeinschaft unmittelbar entstehenden Kosten. Anschließend führte Herr *Dr. Michels* anhand verschiedener Beispiele vor, welche Konstruktionen die Voraussetzungen für die Umsatzsteuerbefreiung mit Sicherheit, wahrscheinlich oder nicht mehr erfüllen. Bedeutsam sei jeweils, dass die Regelung dem Grundgedanken der Kostenumlage entspreche. Je mehr sich die Berechnung von einer genauen Kostenstellenrechnung entferne, desto größer sei das Risiko. Anschließend verwies Herr *Dr. Michels* auf die Situation bei Laborgemeinschaften. Nach einem Rundschreiben des BMF vom 12. Februar 2009 seien lediglich kostendeckend arbeitende Laborgemeinschaften keine Mitunternehmenschaften und somit keine Gewerbebetriebe; die Änderung der Abrechnungsgrundsätze würden hieran keine Änderung darstellen. In einem Schreiben

vom 26. Juni 2009 stellte das BMF fest, dass die Leistungserbringung innerhalb einer Laborgemeinschaft die Voraussetzungen des § 4 Nr. 14 lit. d UStG erfülle.

In der nachfolgenden Diskussion wurde in Frage gestellt, ob in sogenannten „Scheingemeinschaftspraxen“ auch Umsatzsteuer anfalle. Nach Ansicht des Referenten finde hier kein Leistungsaustausch statt, so dass keine Umsatzsteuer fällig werde; allerdings erfolge eine verdeckte Gewinnverschiebung; zudem sei hier möglicherweise eine Gewerbesteuerpflicht vorhanden.

Im Anschluss referierte Herr Rechtsanwalt *Dr. Stefan Bäune*, Sozietät Schmidt, von der Osten & Huber, Essen, **Neues zum Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung**. Hierbei unterschied er zunächst nach der Leistungserbringung durch andere Ärzte und der Leistungserbringung durch nichtärztliches Personal. Bei der Leistungserbringung durch andere Ärzte wies er auf die Unterschiede zwischen genehmigungsfreier und genehmigungspflichtiger Vertretung hin. Grundsatz der genehmigungspflichtigen Vertretung sei jeweils die Sicherstellung der Versorgung unabhängig von Bedarfsplanung. Die Praxis der einzelnen Kassenärztlichen Vereinigungen sei hierbei unterschiedlich. Bei der Beschäftigung von angestellten Ärzten sei immer noch die persönliche Leitung der Arztpraxis erforderlich, weswegen die Zahl der angestellten Ärzte begrenzt sei. Bei Medizinischen Versorgungszentren bestünden Besonderheiten, da diese selbst zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen seien, so dass nicht die dort tätigen Ärzte, sondern das Medizinische Versorgungszentrum zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sei. Dazu könne es sich – im Rahmen der Bedarfsplanung – einer unbegrenzten Anzahl von angestellten Ärzten bedienen. Besondere Gefahren bestünden bei ermächtigten Ärzten, die die Behandlungen ebenfalls grundsätzlich nur selber erbringen dürften. Innerhalb von Kooperationen thematisierte Herr *Dr. Bäune* u.a. die Frage der „Vertretung“ des Kollegen bei Verordnungen von Arzneimitteln; hierbei hielt er bei einer Fachfremdheit die „Vertretung“ für eher unzulässig, während sie bei Fachgleichheit zulässig sein dürfte. Für den privatärztlichen Bereich ging er auf die unterschiedlichen Berufsordnungen ein, die hinsichtlich der Beschäftigung von fachfremden angestellten Ärzten erhebliche Unterschiede aufweisen. Hinsichtlich der Vertretung im stationären Bereich wies er darauf hin, dass eine schriftliche Vertretervereinbarung erforderlich sei. Er differenzierte insoweit zwischen formularmäßigen und Individualvereinbarungen. Bei der Delegationsfähigkeit von Leistungen an nichtärztliches Personal verwies Herr *Dr. Bäune* auf die gemeinsame Stellungnahme von Bundesärztekammer und Kassenärztlicher Bundesvereinigung (DÄBl. 2008, A-2173). Grundgedanke sei jeweils, dass das Personal fachlich geeignet sein und regelmäßig überwacht werden müsse. Eine Sonderproblematik bestünde im Bereich der Vertretung durch Ärzte nach ausländischem Recht ohne Approbation oder Berufserlaubnis. Dies sei nicht gestattet und könne zu erheblichen Problemen führen. Zum Schluss seines Vortrages stellte Herr *Dr. Bäune* die möglichen Sanktionen vor, die von berufsrechtlichen Maßnahmen über vertragsarztrechtliche Sanktionen bis hin zu strafrechtlicher Verfolgung reichen können.

In der nachfolgenden Diskussion wurde besonders die von Herrn *Dr. Bäune* zuvor angesprochene Problematik des „systematischen Urlaubs“ innerhalb einer Gemeinschaftspraxis erörtert. Dies könne eine Verletzung der Vertretungsregelung des Vertragsarztrechts darstellen und insoweit einen Abrechnungsbetrug begründen. Ein Teilnehmer schlug vor, diesem Problem dadurch zu begegnen, dass die Leistungserbringung ordnungsgemäß gekennzeichnet werde, so dass keine Täuschung vorliege. Hiergegen wies der Referent darauf hin, dass in der Praxis zum einen teilweise keine Kennzeichnung erfolge und zum anderen dadurch die Abrechnungsprobleme nicht beseitigt werden, da immer noch eine Täuschung über den Vertretungsgrund vorliegen könne.

Anschließend referierte Herr Rechtsanwalt *Karl Hartmannsgruber*, Sozietät Hartmannsgruber Gemke Argyrakis & Partner, München, **zur Binnenstruktur der Teilgemeinschaftspraxis**. Am Anfang seines Vortrages stellte er erneut in Abrede (siehe dazu die Stellungnahme der Arbeitsgruppe Berufsrecht, ZMGR 02/2003 S. 59 ff.), dass für einen beruflichen Zusammenschluss, der sich nur auf einzelne Leistungen beschränkt, ein echter Bedarf vorhanden sei. Das Gebilde einer Teilgemeinschaftspraxis sei erstmals im Jahre 2004 in die Musterberufsordnung übernommen worden; ihre heutige Gestalt habe die maßgebliche Regelung in § 18 Abs. 1 der Musterberufsordnung im Jahre 2006 erhalten. Die Vorschrift verlange, dass es sich um eine Berufsausübungsgemeinschaft handele, dass eine zulässige Gesellschaftsform gewählt und dass die eigenverantwortliche Berufsausübung der Mitglieder gewährleistet werde. Schließlich müssen die Berufspflichten eingehalten werden. Allgemeine Voraussetzung einer Gesellschaft sei nach § 705 BGB ein gemeinsamer Zweck (vgl. BGHZ 135, 387; WM 1965, 795), den § 18 MBO als gemeinsame ärztliche Berufsausübung konkretisiere (vgl. BSGE 23, 170; 55, 97; MedR 93, 279). Die Bundesärztekammer (DÄBl. 2006, A-801; 2008, A-1019) wende insoweit sieben Kriterien an: auf Dauer und systematisch angelegte Kooperation; aktive Berufsausübung aller Gesellschafter; schriftlicher Gesellschaftsvertrag; Außenankündigung der Gesellschaft; gemeinsamer Behandlungsvertrag; gemeinsamer Patientenstamm; gleiche Rechte und Pflichten der Gesellschafter. Die Binnenstruktur einer ärztlichen Berufsausübungsgemeinschaft müsse daher so angelegt werden, dass die Kriterien einer gemeinsamen Berufsausübung von allen Gesellschaftern erfüllt werden können. Im Gesellschaftsvertrag sollten daher nach Auffassung des Referenten folgende Inhalte geregelt werden: eine Pflicht der Gesellschafter, ihr ärztliche Arbeitsleistung als Gesellschafterbeitrag einzubringen; die Abschlussvollmacht eines jeden Gesellschafter für Behandlungsverträge; ein Mitbestimmungsrecht in Organisationsfragen; weitgehende Mitbesitz-/Nutzungsrecht an Einrichtung und Geräten; Recht auf Einsicht/Kontrolle der Abrechnung und Buchhaltung sowie Zugriff auf die Patientenkartei. Problematisch sei dann bei Teilgemeinschaftspraxen, dass die gemeinsame Berufsausübung auf einzelne Leistungen beschränkt sei, die möglichst genau zu definieren seien, um die Kriterien einer gemeinsamen Berufsausübung hierauf ausrichten zu können. Sonstige Beiträge der Gesellschafter seien ebenfalls zu definieren, ebenso wie eine genaue Abgrenzung zur Haupttätigkeit. Problematisch sei

insbesondere die Vorgabe des ärztlichen Datenschutzes. Die Grenzen der Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich aus § 18 Abs. 1 S. 3 MBO, der die ohnehin gegebene Anwendbarkeit von § 31 MBO für die Teilgemeinschaftspraxis konkretisiere. Die Aufteilung der Leistungserbringung in Teilakte sei dadurch zwar nicht ausgeschlossen, allerdings dürfe sich der Beitrag eines Gesellschafters nicht nur auf die bloße Veranlassung einer Leistung des anderen beschränken. Besondere Aufmerksamkeit sei auf die Gewinnverteilungsregelungen zu legen. Sofern die Gewinnverteilung sich nicht an den Arbeitsleistungen der Gesellschafter orientiere und dies ohne Grund erfolge, sei eine Umgehung der berufsrechtlichen Grenzen anzunehmen. Ungeklärt sei aber u.a., was bei Verlusten der Gesellschaft gelte. Bei einer fehlerhaften Gestaltung sei fraglich, ob dies zur Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages oder nur zur Nichtigkeit der Gewinnverteilungsabrede führe und was dann anstelle der nichtigen Regelung gelten müsste, wenn die Gesellschaft vollzogen worden sei. Hier könne es zu Ergebnissen kommen, die mit der Intention von § 18 Abs. 1 MBO ebenfalls nicht vereinbar seien, Zusätzlich könnten unzulässige Gestaltungen im zu Gewerbe- und Umsatzsteuerpflicht führen; daneben könnten aber auch strafrechtliche Konsequenzen drohen.

In der anschließenden Diskussion wurde unter anderem gefragt, inwieweit ein Orthopäde ein von einem Radiologen erstelltes CT selber befunden könne. Dies erfordere für den Orthopäden den Abschluss der Zusatzweiterbildung (außer in Bayern). Bei der Abfindung erstreckte diese sich grundsätzlich auch auf den Goodwill; da in der Teilgemeinschaftspraxis gewöhnlich kein eigener Patientenstamm gebildet werden dürfte, müsste der Goodwill grundsätzlich mit 0 € anzusetzen sein.

Den abschließenden Vortrag hielt Herr Rechtsanwalt *Prof. Dr. Wolfgang Spoerr*, Hengeler Mueller, Berlin, in dem er sich mit **Fragen der Zusammenarbeit zwischen Ärzten sowie zwischen Ärzten und anderen Leistungserbringern** beschäftigte. Zunächst wies Herr *Prof. Dr. Spoerr* auf die Liberalisierung des Berufsrechts hin. Die Regelung über die Zusammenarbeit zwischen Ärzten und Leistungserbringern ergeben sich insbesondere im ärztlichen Berufsrecht aus dem §§ 27, 30-35 MBO. Bedeutsam seien in diesem Bereich § 33 MBO, der die Zusammenarbeit zwischen Arzt und Industrie regele, sowie § 34 Abs. 5 MBO, der die Zusammenarbeit zwischen Ärzten und sonstigen Leistungserbringern regele. Für die Kontrolle der Einhaltung der berufsrechtlichen Vorschriften und eventuelle Sanktionen seien die Ärztekammern zuständig, die diese Rolle aber nur sehr zurückhaltend ausfüllten. Eine weitere Grenze stelle § 7 HWG dar, der durch die zuständigen Länderbehörden nach AMG überwacht werde. Die relevanten Vorschriften des AMG werden relativ streng kontrolliert, insbesondere auch durch die Industrie selber. Probleme entstünden insbesondere dann, wenn die Zusammenarbeit auf rein lokaler Ebene erfolge. In strafrechtlicher Hinsicht wies Herr *Prof. Dr. Spoerr* auf die Problematik des Abrechnungsbetruges nach den §§ 263, 266 StGB sowie auf die Beschäftigungsproblematik der §§ 299, 331 ff. StGB hin. Im Rahmen der Bestechungsdelikte sei grundsätzlich fraglich, inwieweit Ärzte als Täter in Betracht kämen; zudem sei umstritten, inwieweit Vertragsärzte als Beamte im strafrechtlichen Sinne anzusehen seien. Eine weitere Grenze zur

Zusammenarbeit ergebe sich aus dem Wettbewerbsrecht, insbesondere dem UWG; dieses Gesetz kann, wo für Wettbewerber beweisbar, in der Praxis am sehr wirksam durchgesetzt werden. Umfassend stellte der Referent § 128 SGB V vor. Dieser enthalte in Absatz 2 ein umfassendes Verbot der Vorteilsgewährung, welches nach Absatz 6 auf Ärzte und Krankenhäuser im Arzneimittelbereich erstreckt werde. Der Referent trug dabei zu den bestehenden Bedenken und Auswirkungen vor.

Zusammenfassend stellte der Referent fest, dass die Normen alle unterschiedliche Schutzzwecke verfolgten, sehr unterschiedliche Organe zu ihrer Überwachung berufen seien und auch sehr unterschiedlich wirksame Sanktionen drohten. Es bestehe kein Zusammenhang zwischen Schutzzwecken und Kontroll- und Sanktionsmechanismen. In seinen übergreifenden Erwägungen zum Schluss stellte der Referent fest, dass immer wirtschaftliche Interessen eine Rolle spielten, wobei diese nicht nur leistungsausweitend, sondern sich teilweise auch leistungsreduzierend auswirken könnten. Dies sei insbesondere ein Problem, soweit die Krankenkassen als Kontrollorgan eingesetzt würden. Grundsätzlich könne nahezu jede Gestaltung problematisch sein und eine Abgrenzung zwischen Gut und Böse sei schwierig. Dabei sei insbesondere auf folgende Kriterien zu achten: Ein anderer Gesellschaftszweck sei notwendig, aber nicht hinreichend; der Zweck selber ist ein eher problematisches Merkmal, da er von außen nicht hinreichend erkannt werden könne. Das beste Kriterium sei immer noch der jeweilige Drittvergleich, ergänzend die Frage, ob die durchgeführte Kooperation medizinisch sinnvoll sei, und schließlich stets der Test, ob die Kooperation uneingeschränkt transparent für Patienten ist.

Im Rahmen der Diskussion wurde insbesondere problematisiert, inwieweit die Einbindung von Ehegatten oder sonstigen Dritten rechtlich relevant sei. Dies sei jeweils eine Frage des Einzelfalles. Die Teilnehmer waren sich darin einig, dass die momentane Lage unübersichtlich sei und ein riesiges Graufeld vorhanden sei. Problematisch sei die Entwicklung, dass die Krankenkassen als Überwachungsorgane eingesetzt würden; dies würde den Kostendruck entsprechend erhöhen. Insgesamt sei die große Pharmaindustrie eher transparent und rechtskonform; Missbräuche gebe es vor allem auf der kleinen lokalen Ebene.

Die Vorträge aller Referenten sind auf der Internetseite der Arbeitsgemeinschaft veröffentlicht. Die Teilnehmer waren sich darin einig, dass die Veranstaltung wieder sehr gut war. Das nächste gemeinsame Treffen wird am 5. November 2010 wieder in Düsseldorf stattfinden.