

BAG und IV

Tagung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung am 23.11.2007

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

Wenn etwas zum dritten Mal stattfindet, spricht man im Rheinland von einer Tradition. Es fanden sich also traditionsgemäß ca. 70 Mitglieder der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung am 23. November 2007 in Ratingen zusammen, um aktuelle Fragen zu Berufsausübungsgemeinschaften und der Integrierten Versorgung zu diskutieren. Der Andrang war so groß, daß der Tagungsort kurzfristig verlegt werden mußte.

Im ersten Vortrag beschäftigte sich *Ansgar von der Osten*, Kassenärztliche Vereinigung Westfalen-Lippe, mit dem **Begriff der Berufsausübungsgemeinschaft und neueren Entwicklungen**. Das Vertragsarztrechtsänderungsgesetz entfalte derzeit noch nicht sein volles Potential, da alte Grenzen weiterbeständen (Budgetierung, Bedarfsplanung). Im Moment würden die neuen Möglichkeiten eher zögerlich in Anspruch genommen. Das könne sich aber ändern, wenn das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz zu wirken beginne (Vergütungsreform, Vertragswettbewerb). Herr *von der Osten* wies darauf hin, daß das VÄndG zahlreiche Fragen aufgeworfen und Umsetzungsregelungen erfordert habe. Mit dem neuen Bundesmantelvertrag vom 1.7.2007 sei manches präzisiert und geklärt worden, vieles biete aber weiter Spielräume für unterschiedliche Auslegungen. So gebe es derzeit keine einheitliche Anwendung bei den KVen und Zulassungsausschüssen.

Zum Begriff der Berufsausübungsgemeinschaft gebe es keine verbindliche Definition. Herr *von der Osten* erinnerte an den definitorischen Ansatz des *BGH* (MedR 1986, 321), jetzt überholt, und auf das Glossar in § 1a Nr. 12 BMV-Ä. Berufsrechtlich gelte die Berufsausübungsgemeinschaft als gemeinsame Berufsausübung freiberuflicher Ärzte. Im Vertragsarztrecht hingegen sei die Berufsausübungsgemeinschaft die gemeinsame Berufsausübung zugelassener Leistungserbringer. Dieser Begriff sei weiter gefasst, da neben zugelassenen Ärzten und Psychotherapeuten auch Medizinische Versorgungszentren zu den Leistungserbringern zählten. Wichtig sei auch, daß es nicht mehr um die gemeinschaftliche Berufsausübung gehe, sondern nur noch um die gemeinsame Berufsausübung. Schwierig sei die Frage der Bezeichnung von Berufsausübungsgemeinschaften, die nach dem Berufsrecht möglichst konkret erfolgen müsse und je nach Teilnehmern variere. Grenzen fänden Berufsausübungsgemeinschaften vor allem in der Bedarfsplanung, in den vertragsärztlichen Pflichten, der Budgetierung und auch im Berufsrecht. Begrenzungen von Berufsausübungsgemeinschaften könnten insbesondere durch Auflagen geltend gemacht werden. Rechtsgrundlagen dafür seien § 33 Abs. 3 Ärzte-ZV oder auch § 17 BMV-Ä.

Teilberufsausübungsgemeinschaften seien im Vertragsarztrecht zur Vermeidung von Kickback-Konstellationen im Vergleich zum Berufsrecht eingeschränkt worden. Diese

Einschränkung werde durch den BMV-Ä noch weiter verstärkt; nach dem dortigen Wortlaut seien nur sehr wenige Kombinationsmöglichkeiten überhaupt denkbar, hier werde auch das „gemeinschaftliche“ Tätigwerden eingefordert. Weil auch kein zusätzliches Honorar durch Teilberufsausübungsgemeinschaften generiert werden könne, habe es hier sehr wenig Anträge gegeben. Aus seiner Sicht laufe diese Möglichkeit damit derzeit ins Leere.

Abschließend stellt Herr *von der Osten* die neue Abrechnungs- und Prüfungssystematik der KBV und des Spitzenverbandes der Krankenkassen für fachübergreifende und überörtliche Berufsausübungsgemeinschaften dar.

Als nächstes referierte Herr *Dr. Karsten Scholz*, Justitiar der Ärztekammer Niedersachsen, über **Gewinnverteilungsmodelle aus berufsrechtlicher Sicht**. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen ließen viel Spielraum. Dies gelte auch für das PartGG. Dieses verweise gerade nicht auf § 121 HGB und die dortige Gewinnverteilungsregelung. Die für die GbR geltende Vorschrift des § 722 BGB greife nur subsidiär ein. Üblich seien Regelungen, wonach z. B. ein Teil des Gewinns nach den Kapitalanteilen verteilt werde und ansonsten eine tätigkeitsbezogene Gewinnverteilung erfolge. Teilweise gebe es auch einen festen Gewinnvoraus. Problematisch seien aus seiner praktischen Sicht Änderungsklauseln, die keine Vorgaben für die Zielrichtung der Änderung enthielten, denn als Grundlagenentscheidung müssten die Parteien Einvernehmen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages erzielen. Die Berufsordnung der Ärztekammer Hamburg enthalte eine Vorschrift, wonach die Gewinnverteilung nur nach den persönlich erbrachten Leistungsanteilen möglich sei (§ 18 Abs. 1a BO HH). Die Muster-Berufsordnung weiche davon ab, weil zweifelhaft sei, ob im Berufsrecht eine unmittelbare Gewinnverteilungsregelung getroffen werden könne.

Im Bereich der Teilberufsausübungsgemeinschaften verwies Herr *Dr. Scholz* auf das Problem, was deren Einnahmen seien und daß es insofern auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit dem Patienten ankomme; liquidierbar sei im übrigen nur die ärztliche Leistung, die vom Vertragspartner auch vollständig erbracht worden sei (a.A. *Wigge*, NZS 2007, 393 [396]). Bei einer Gewinnverteilung nach den persönlich erbrachten Leistungen (vgl. § 18 Abs. 1 S. 3 MBO) bestehe das Problem, was nun die „Leistung“ sei. Der Gesellschafter„beitrag“ könne z. B. auch in der Zurverfügungstellung eines Gerätes bestehen. Erbrachte Leistung sei nach der MBO nicht die Anordnung einer ärztlichen Leistung, nach Vertragsrecht nicht die Akquise von Mandanten und nach der GOÄ auch nicht eine Routine-Röntgenbesprechung. Auch die Gründung einer Vollberufsausübungsgemeinschaft könne gegen § 31 MBO verstoßen. Eine reine Tätigkeitsvergütung sei für bis zu drei Jahre unproblematisch. Sofern eine Gewinnverteilung erst ab einer bestimmten Gewinnhöhe gewährt werde, sei darauf zu achten, daß dieser Schwellenwert auch in einer realistischen Höhe angesetzt werde.

Bei einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften sei manchmal fraglich, ob wirklich ein Gewinn auf Ebene der Gesellschaft angestrebt werde. Hier verwies Herr *Dr. Scholz* auf die Rechtsprechung des *BFH*, wonach Mitunternehmerinitiative bestehen müsse (z.B. *BFH/NV* 2007, 1848). Auf Nachfrage führte Herr *Dr. Scholz* aus, daß die Ankündigungspflicht einer Berufsausübungsgemeinschaft unbeschränkt gelte und auch vollständig erfolgen müsse, gerade auch bei überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften. Er verwies in diesem Zusammenhang auf Probleme der Anscheinshaftung.

Im folgenden führte Herr Rechtsanwalt und Solicitor *Dr. Volker Triebel*, Lovells LLP, Düsseldorf, in **verschiedene Methoden der Streitschlichtung** ein. Zunächst warb Herr *Dr. Triebel* für die Rechtsform der LLP, eine hybride Gesellschaftsform: Im Außenverhältnis Kapitalgesellschaft ohne persönliche Haftung der Gesellschafter, im Innenverhältnis Flexibilität wie bei einer Personengesellschaft und ebenso steuerrechtliche Transparenz (Gegen eine Haftungsbeschränkung bei Tätigwerden in Deutschland: *Henssler/Mansel*, *NJW* 2007, 1393, dem widersprechend aber: *Triebel/Silny* demnächst erscheinend in der *NJW*). Des Weiteren sei die LLP einfach und schnell zu gründen und besonders geeignet für freiberufliche Zusammenschlüsse.

Bei den Verfahrenstypen der Streitschlichtung stellte Herr *Dr. Triebel* auf zwei Typen ab. Prozessorientiert seien Mediation und Schlichtung, während entscheidungsorientiert Schiedsgutachten, Schlichtung, Adjudication, Dispute Resolution Board, Schiedsverfahren und Gerichtsverfahren seien. Das Problem jedes Schlichtungsverfahrens sei die Frage der Bindung. Generell gelte: Prozessorientierte Verfahren seien nicht bindend, während die anderen Möglichkeiten zumindest im gewissen Maße Bindungswirkung entfalteten. Schiedsgutachten und Schiedsverfahren seien in noch geringerem Maße anfechtbar als erstinstanzliche Gerichtsurteile. Herr *Dr. Triebel* beschrieb die Mediation, auch aus seiner eigenen Erfahrung, und ordnete sie als vorteilhaft, aber sehr aufwendig ein.

Ein Schiedsgutachten – z.B. durch einen Steuerberater – sei gerade in den Fällen, in denen es nur um die Bestimmung von Werten gehe, günstig. Problematisch sei die Frage der Befangenheit des Schiedsgutachters, da diese nur eingeschränkt geltend gemacht werden könne. Auch könnten die Parteien ein Schiedsgutachten nur im Maße des § 319 BGB anfechten; hier verwies Herr *Dr. Triebel* auf die Rechtsprechung des *BGH*, wonach sich zur erfolgreichen Anfechtung die Unrichtigkeit des Gutachtens aufdrängen müsse. Dies sei erst bei einer Abweichung von 20 bis 25 % der Fall (z.B. *BGH*, *BGHZ* 81, 229 [237]; *NJW-RR* 1993, 1034 [1035]). Über das Schiedsgutachten werde ein Schiedsgutachtervertrag abgeschlossen. Der Schiedsgutachtervertrag sei ein Vertrag *sui generis* und formfrei wirksam. Der Unterschied zwischen Schiedsgutachten und Schiedsverfahren liege vor allem darin, daß Schiedsgutachten Tatsachenfragen behandelten, die von einer Person entschieden würden, während das Schiedsverfahren auch die Klärung rechtliche Fragen beinhalte.

Bei den Schiedsverfahren unterschied Herr *Dr. Triebel* zwischen den Ad-hoc-Schiedsverfahren gemäß §§ 1025 ff. ZPO und den institutionellen Schiedsverfahren, z.B. durch die DIS oder durch andere internationale Schiedsorganisationen. In jedem Falle sei es vorteilhaft, einen Schiedsrichtervertrag zu schließen. Es empfehle sich diesen Vertrag so ausführlich wie möglich auszugestalten. Im Vertrag enthalten sein sollten z.B. Regelungen über den Umfang des Streites, mögliche sonstige Konflikte, das Einverständnis der Parteien mit dem Schiedsverfahren, die Frage der Vergütung sowie der Ablauf. Das Schiedsverfahren sei nicht so förmlich wie ein gerichtliches Verfahren. Vorteilhaft bei einem Dreier-Schiedsgericht sei insbesondere, daß die Parteiargumente auch in der internen Beratung der Schiedsrichter zur Geltung gebracht würden. Ein weiterer Vorteil bestehe darin, daß eine Partei auch als Zeuge auftreten könne und es keine Säumnis gebe.

Natürlich seien insgesamt auch Verfahrenskombinationen möglich, wobei sich aus seiner Sicht hier allerdings höchstens die Kombination von Mediation und Schiedsverfahren als empfehlenswert erwiesen habe.

Herr *Dr. Triebel* warnte vor pathologischen Schiedsklauseln und empfahl die Auswahl von Schiedsrichtern, die im Krisenmanagement erfahren seien, da sich dadurch das gesamte Schiedsverfahren beschleunigen ließe.

Auf Nachfrage führte Herr *Dr. Triebel* aus, daß ein Schiedsrichter natürlich auch Kontakt mit einer Partei aufnehmen könne und insofern freier als ein staatlicher Richter sei. Sofern eine Partei die Unterschrift unter dem Schiedsrichtervertrag oder die Bezahlung des Vorschusses verweigere, habe die andere Partei die Möglichkeit, alles zu zahlen, das Verfahren weiter laufen zu lassen und im Erfolgsfalle die Kosten erstattet zu verlangen. Ein Schiedsrichter könne seine Mitwirkung von dem Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages oder der Zahlung eines Vorschusses abhängig machen.

Die Frage des rechtlichen Gehörs unterliege nicht dem Vertragsrecht, sondern sei ein grundlegendes Prinzip eines schiedsgerichtlichen Verfahrens und beeinflusse immer die Entscheidungsbasis. Dem Vorschlag, Schiedsklauseln erst ab einem gewissen Streitwert zu vereinbaren, stand Herr *Dr. Triebel* ablehnend gegenüber, da insofern immer eine gewisse Unsicherheit bestehe. Auf die Rolle des staatlichen Gerichts angesprochen sagte er: es habe keine Aufsicht über das Schiedsverfahren, biete bei einem Schiedsgerichtsverfahren aber in gewissem Maße Unterstützung, z.B. bei der Vereidigung von Zeugen oder der Anordnung von Zwangsmitteln.

Nach der Mittagspause stellte Herr Rechtsanwalt *Gerrit Tigges*, Möller & Partner, Düsseldorf, **Gestaltungsprobleme und -besonderheiten bei Verträgen über überörtliche Berufsausübungsgemeinschaften** vor. Nach einer kurzen Darstellung der Rechtsgrundlagen der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften und der möglichen Gründungskonstellationen nannte Herr *Tigges* einzelne klärungsbedürftige Punkte. Bei der Frage des Zwecks, d. h. der gemeinsamen Berufsausübung, sei zu berücksichtigen, wie die

Entfernung zwischen einzelnen Praxisteilen sei. Hier verwies Herr *Tigges* auf die Ansicht der KBV, wonach die gemeinsame Berufsausübung die Möglichkeit und Bereitschaft zur im Einzelfall möglichen Patientenbehandlung voraussetze. Zur Teilhabung am unternehmerischen Risiko verwies er auf § 6 Abs. 7 BMV-Z.

In dem Vertrag sei die Wahl der Hauptbetriebsstätte und möglicher Nebenbetriebsstätten zu treffen. Sitz der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft müsse aber nicht die Hauptbetriebsstätte sein. Für die Ankündigung seien die Vorschriften in § 18a Abs. 1 MBO zu beachten, für die Frage der Sprechstunden § 17 Abs. 1a S. 1 und 3 BMV-Ä. Bei der Gesellschafterversammlung sei insbesondere der Ort festzulegen. Empfehlen könne sich z.B. eine Alternierung zwischen den einzelnen Standorten der Berufsausübungsgemeinschaft. Bei der Beschlußfassung sei zu überlegen, ob diese in gewissen Fällen auch standortbezogen erfolgen könne. Gleiches gelte für die Geschäftsführung, die im täglichen Rahmen standortbezogen verteilt werden sollte.

Problematisch sei die Frage des Job-Sharings, wenn die überörtliche Berufsausübungsgemeinschaft für mehrere Planungsbereiche hinweg gegründet werde. Der Job-Sharing-Partner könne insofern nur in einem Planungsbereich tätig werden. Standortbezogen geregelt werden sollte auch die Aufbewahrung der Geschäftsunterlagen. Bei der Vermögensbeteiligung sei sinnvollerweise zu trennen zwischen dem Gesamtvermögen und dem Standortvermögen. In ähnlicher Weise könne auch eine Teilung des Ergebnisses erfolgen.

Bei der Frage der Kündigung oder der Liquidation der überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften sei nicht nur die Problematik der Rechtsfolgen im Zusammenhang mit einer Abfindung zu bedenken, sondern auch die Möglichkeit der Abspaltung von kompletten Standorten oder der Aufgabe eines Standortes. Hierbei gelte es insbesondere das Liquidationsrisiko in den Blick zu nehmen. Beim Wettbewerbsverbot sei insbesondere der räumliche Geltungsbereich zu regeln. Sofern ein Wettbewerbsverbot standortbezogen vereinbart werde, sei auch eine Regelung zu treffen, falls ein Standort komplett aufgegeben werde. Nach einem Urteil des *OLG Düsseldorf* (MedR 2007, 478) sei jedenfalls ein Wettbewerbsverbot für einen gesamten Planungsbereich unzulässig.

Am Ende verwies Herr *Tigges* noch auf die möglichen Fragestellungen im Zusammenhang mit dem Kartellrecht, insbesondere §§ 1, 19 GWB. Bei spezialisierten überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaften könne es durchaus vorkommen, daß diese eine marktbeherrschende Stellung innehätten. Diese werde bereits bei einem Marktanteil von einem Drittel angenommen.

Im Rahmen der Diskussion wurde die Problematik der Residenzpflicht angesprochen. Da dies aber nur eine vertragsärztliche Pflicht sei, sei sie nicht im Rahmen des Gesellschaftervertrages zu regeln. Problematisiert wurde auch die Frage des Datenschutzes, wobei dies vor allem im Innenverhältnis zwischen den Parteien und im täglichen Betriebsverlauf zu regeln sei. Angesprochen wurde, ob der good-will dauerhaft im Sonderbetriebsvermögen gehalten werden könne. Hier verwies Herr *Tigges* darauf, daß eine Null-Beteiligung auf

Dauer wohl unzulässig sei und daraus abgeleitet werden könne, daß auch bei einer überörtlichen Berufsausübungsgemeinschaft ein gewisser Anteil an der Patientenbindung entstehe.

Danach referierte Herr Rechtsanwalt *Dr. Andreas Meschke*, Möller & Partner, Düsseldorf, zu **berufsrechtlichen Problemen und Fragestellungen bei Verträgen zur Integrierten Versorgung**. Dabei gab Herr *Dr. Meschke* zunächst eine Übersicht über die wesentlichen der in den §§ 140a ff. SGB V enthaltenen Regelungen zur Integrierten Versorgung, denen berufsrechtliche Relevanz zukommt. Die Einleitung wurde ergänzt durch eine Übersicht über die tatsächliche Umsetzung von Integrierten Versorgungsverträgen in der Praxis anhand der Daten der Gemeinsamen Registrierungsstelle. Zu berufsrechtlichen Problemen im Einzelnen führte Herr *Dr. Meschke* Folgendes aus:

Im Rahmen des Vertragsabschlusses nehme das Berufsrecht Einfluß auf die Gestaltungsformen des Zusammenschlusses von Ärzten, wenn sie Vertragspartner von Integrierten Versorgungsverträgen sein wollten. Vertragspartner könnten der Einzelarzt, die Berufsausübungsgemeinschaft, aber auch Organisationsgemeinschaften sein, wenn der Gesellschaftszweck dies zulasse; ferner kämen medizinische Kooperationsgemeinschaften sowie Praxisverbände in Betracht, sofern alle Gesellschafter Teilnehmer der Integrierten Versorgung seien. Vertragspartner der Krankenkassen könnten zudem die Einrichtungsträger gemäß § 140b Abs. 1 Nr. 4 SGB V sein, wobei hierunter nicht nur die sog. Managementgesellschaften, sondern auch Einzelpersonen fielen. Wolle sich ein Arzt derart engagieren, habe er § 3 Abs. 2 MBO (sowie steuerrechtliche Einflüsse) zu beachten, wonach er eine nichtärztliche Tätigkeit von seiner Praxistätigkeit trennen müsse. Theoretisch denkbar sei hierbei eine Umgehung des § 31 MBO i.S. eines Gestaltungsmissbrauchs, wenn ein Arzt ohne wesentlichen persönlichen Aufwand als Einrichtungsträger oder dessen Gesellschafter installiert werde.

Bei der Vertragsdurchführung seien insbesondere die Schweigepflicht, Dokumentation und Vergütung problematisch. Für die Schweigepflicht gelte § 9 MBO. Wichtig sei es insofern, daß der Patient vor der Einwilligung über die Nutzung seiner Daten umfassend aufgeklärt werde, insbesondere über die Zahl und Identität der Zugriffsberechtigten. Für die von § 140b Abs. 3 S. 3 SGB V geforderte „gemeinsame“ Dokumentation der Teilnehmer der Integrierten Versorgung sei § 10 MBO relevant. Problematisch könne es insbesondere sein, wenn der Patient sich an *einen* Leistungserbringer wende und von ihm Einsichtnahme in die gesamte Dokumentation begehre. Es spreche viel dafür, daß jeder Leistungserbringer nur Einsicht in diejenige Dokumentation gewähren könne, die er selbst angefertigt oder einmal genutzt habe. Bei der Gewinnverteilung sei § 31 MBO zu beachten. Es gebe bei der Integrierten Versorgung allerdings nicht getrennte Honorare der einzelnen Leistungserbringer, sondern nur eine einheitliche Vergütung, die an alle Partner zur internen Verteilung ausgeschüttet werde. Problematisch könne dies werden, wenn ein einzelner Partner seine Leistungen unter „Einstandspreis“ zu Gunsten der anderen Leistungserbringer verkaufe. Anknüpfend an Ausführungen der Berufsordnungsgremien der *Bundesärztekammer* vom

2.4.2007 (DÄBl. 2007, A-1607) wies Herr *Dr. Meschke* schließlich darauf hin, daß bei der Abgabe von Hilfsmitteln im Rahmen einer Integrierten Versorgung regelmäßig kein Verstoß gegen § 34 MBO vorliege, da eventuelle finanzielle Vorteile an die Ärzte für Einsparungen nicht – auch nicht mittelbar – vom Hersteller gewährt würden und Einsparungen sozialrechtlich erwünscht seien. Es müsse den Ärzten aber ein Verordnungsspielraum bleiben, um eigene „Einsparstrategien“ und die Verweigerung medizinisch notwendiger Medikamente zu verhindern.

Im Anschluß trug Herr Rechtsanwalt *Dr. Martin Rehborn*, Sozietät Dr. Rehborn, Dortmund, zu **Verhandlungs- und Gestaltungsspielräumen bei Verträgen zur Integrierten Versorgung** vor. Herr *Dr. Rehborn* stellte von Anfang an klar, daß er hier aus Sicht der Leistungserbringer reden werde. Ein Kontrahierungszwang der Krankenkassen bestehe nicht, da das Gesetz insofern eindeutig von „können“ spreche. Deswegen bestehe auch ein erheblicher Spielraum bei der Ausgestaltung der Verträge, was von den sonst im Sozialrecht gewohnten Regelungen erheblich abweiche. De facto sei es aber so, daß kaum individuelle Verhandlungen stattfänden; vielmehr erfolge eine Vorgabe durch die Krankenkassen, die von den Leistungserbringern entweder akzeptiert oder nicht akzeptiert werden könne. Als Leistungserbringer habe man genau zu bedenken, welche Vor- und Nachteile durch die Teilnahme an der Integrierten Versorgung entstünden. Insbesondere sei an langfristige Risiken zu denken. Vertragspartner der Integrierten Versorgung seien auf der einen Seite jede Krankenkasse einzeln, nicht aber die Krankenkassen „gemeinsam und einheitlich“, und auf der anderen Seite eine beliebige Zahl von Leistungserbringern, die untereinander in beliebiger Form verbunden sein können.

Herr *Dr. Rehborn* verwies auf die Ausschreibungspflicht der Krankenkassen bei Verträgen zur Integrierten Versorgung (vgl. *Gabriel*, NZS 2007, 344). Zwar werde von Seiten der Krankenkassen eingewandt, daß die Leistung hier nicht hinreichend konkretisierbar sei (§ 5 VgV); demgegenüber sei allerdings zu beachten, daß das *OLG Saarbrücken* (GesR 2006, 558) – allerdings noch nicht rechtskräftig – entschieden habe, daß bei einer Privatisierung eines kommunalen Krankenhauslabors das Krankenhaus auch eine entsprechende Ausschreibung durchführen müsse. Nach der Auffassung des Bundeskartellamtes seien die Krankenkassen in diesem Zusammenhang wohl als öffentliche Auftraggeber zu bezeichnen (vgl. *Beschl. v. 15.11.2007 – VK2-102/07 zu Rabattverträgen nach § 130a SGB V*). Sofern die Vertragspartnerschaft de facto vergeben werde, ohne eine Ausschreibung durchzuführen, bestünden erhebliche Risiken, da zum einen der Vertrag nichtig sein könnte, zum anderen mit einstweiligen Verfügungen durch Konkurrenten dagegen vorgegangen werden könne und schließlich auch das Risiko von Schadensersatz bestehe (vgl. § 126 GWB) – nicht nur für Krankenkassen und Leistungserbringer, sondern auch für die an der Vertragsgestaltung beteiligten Rechtsanwälte.

Zur Frage der Haftung oder der Gewährleistung, wie sie in § 140b Abs. 3 S. 3 SGB V angesprochen sei, vertrat Herr *Dr. Rehborn* die Auffassung, daß es sich hier um zwingendes Recht handele. Insofern bestehe eine gesamtschuldnerische Haftung aller

Beteiligten an der Integrierten Versorgung (so auch *Kuhlmann*, KH 2004, 417; *Rehborn*, VSSR 2004, 157). Die Haftung bestehe unter anderem für Behandlungsfehler. Zu bedenken sei auch die Problematik der Rechtsscheinhaftung. Jedenfalls sei ein Leistungserbringer darauf angewiesen, daß sein Versicherungsschutz unter diesem Gesichtspunkt ausreichend sei. Er habe seine Versicherung entsprechend zu informieren und den Haftungsbetrag entsprechend anzupassen. Bei der Frage der Gewährleistung verwies Herr *Dr. Rehborn* vor allem auf Risiken bei der Vertragsgestaltung, die eine Beweislastumkehr, regionale Ferne und fehlenden Versicherungsschutz zur Folge haben könnten. Zu regeln sei im Vertrag unter anderem, wer die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit z. B. eines Implantates habe. Weiterhin sei zu regeln, was zu tun sei, wenn der Patient sich inzwischen in regionaler Entfernung vom Leistungserbringer befinde. Schließlich sei darauf hinzuweisen, daß es sich bei der Gewährleistung um einen Erfüllungsschaden handele, der von den üblichen Haftpflichtversicherungen nicht erfasst werde.

Zur Frage der Vergütung sei darauf hinzuweisen, daß damit alle Leistungen abgedeckt seien, auch sofern sie von externen Leistungserbringern – sozusagen hilfsweise – erbracht würden. Zu regeln sei die Frage der Fälligkeit der Vergütung und auch eine eventuelle Verzinsung. Bei der Frage der Höhe der Vergütung sei vor allem darauf zu achten, wie dauerhaft sie sei und mit welcher Frist sie gekündigt werden könne. Es bestehe sonst das Risiko, daß Leistungserbringer mit relativ hohen Vergütungen geködert würden und sodann nach einer kurzen Zeit durch die Krankenkassen die Vergütungsregelung gekündigt werde, um niedrigere Vergütungen vereinbaren zu können. Bei der Vergütung sei auch zu regeln, ob diese pauschal erfolge, für Einzelleistungen oder im Rahmen von Modulen. Der Beitritt Dritter verlange nach der gesetzlichen Regelung die Zustimmung aller Vertragspartner. Fraglich sei, ob diese schon im Gründungsvertrag antizipiert werden könne oder jeweils im Einzelfall erteilt werden müsse. Abweichende Regelungen seien angesichts des eindeutigen Wortlauts des Gesetzes eher unzulässig.

Zu unterscheiden sei immer das Außen- und das Innenverhältnis, d. h. einerseits das Verhältnis der Leistungserbringer zum Patienten und auf der anderen Seite das Verhältnis untereinander zwischen den Leistungserbringern und der Krankenkasse. Im Innenverhältnis sei bei der Gestaltung zu berücksichtigen, daß nicht unnötig Umsatz- und/oder Gewerbesteuer ausgelöst werde. Bei der Gestaltung seien ferner Schiedsregelungen in Erwägung zu ziehen, wobei hier lediglich vorläufige Bindungen rechtlich denkbar seien, sich gleichwohl aber als überlebenswichtig darstellen könnten. Sofern ein integrierter Versorgungsvertrag geschlossen werde, der in Wirklichkeit die Voraussetzungen nicht erfülle (z. B., weil er nicht sektorenübergreifend i.S.d. Gesetzes sei), bestehe im Hinblick darauf, daß bei anderen Leistungserbringern über die BQS-Mitteilungen, die eine inhaltliche Prüfung nicht vorsähen, auch ein straf- wie zivilrechtliches Risiko. Auf Nachfrage erklärte Herr *Dr. Rehborn*, daß er § 140c SGB V, d. h. die Vergütungsregelung, als vorrangig zu § 1 Abs. 1 GOÄ ansehe. Hier bestehe ein Tummelfeld der Möglichkeiten.

Im nächsten Vortrag referierte Herr Rechtsanwalt *Dr. Horst Bonvie*, Hamburg, zu **Datenschutzproblemen bei ärztlichen Kooperationen**. Seinen Vortrag leitete Herr *Dr. Bonvie* mit der Bemerkung ein: „Datenschutz verschreckt Mandanten“. Nichts desto trotz sei es notwendig, darauf hinzuweisen. Grundlegend sei insofern das Urteil des BGH vom 11.12.1991 (NJW 1992, 737). Bei einer reinen Organisationsgemeinschaft sei darauf zu achten, daß grundsätzlich eine getrennte Kartei geführt werde. Andernfalls könne hier eine verdeckte Gemeinschaftspraxis angenommen werden mit den entsprechenden vergütungsrechtlichen Folgen (vgl. BSGE 96, 99). Hier sei der Anwalt als Beschützer gefragt.

Bei einer Berufsausübungsgemeinschaft, d. h. im Regelfall einer Gemeinschaftspraxis, sei immer wieder die Frage, ob für die Einwilligung in die Nutzung von Patientendaten auf die Beziehung zwischen Behandler und Patient (so der Hamburgische Datenschutzbeauftragte) oder auf die vertragliche Beziehung zwischen Patient und Gemeinschaftspraxis abzustellen sei (so die Landesärztekammer Baden-Württemberg). Nach den Kriterien des BGH sei wichtig der ärztliche persönliche Kontakt. Ein Hinweis im Wartezimmer oder ein Schild alleine und auch der Behandlungsvertrag dürften danach nicht ausreichen, ein Einsichtsrecht der anderen Ärzte in die Patientenunterlagen zu begründen. Damit sei auch innerhalb einer Gemeinschaftspraxis der Datenschutz zu beachten. Dies ergebe besondere Probleme bei Beitritt von neuen Partnern, der Fusion der Gemeinschaftspraxis mit anderen Gemeinschaftspraxen oder dem Ausscheiden eines Partners. Insofern sei die Nachvollziehbarkeit der Verwahrung im gewissen Umfang nicht mehr gegeben. Das Chaos werde perfekt, wenn ein MVZ ins Spiel komme und z. B. die Gemeinschaftspraxis in das MVZ eingebracht werde. Die einzige Lösung könne sein, eine Einverständniserklärung des Patienten von Anfang an zu erhalten. Dies sei zwar bürokratisch, aber dennoch notwendig. Hier bestehe andernfalls auch das Risiko der Anwaltshaftung.

Im Rahmen der Diskussion wurde darauf hingewiesen, daß hier eine gesetzliche Regelung notwendig sei, da eine vertragliche Regelung immer Risiken aufweise. Es wurde auf Einzelfälle hingewiesen, wonach die Information der bisherigen Patienten über die Praxisverlegung nach einer Übernahme schon strafrechtliche Maßnahmen gemäß § 203 StGB nach sich gezogen habe. Für die Landesärztekammer Bayern wurde darauf hingewiesen, daß diese der zivilistischen Sichtweise folge und insofern nur auf den Behandlungsvertrag abstelle. Die Speicherung der Daten nach dem Ausstieg eines Partners dürfte nach Ansicht der Ärztekammer notwendig und damit erlaubt sein. Zu dieser Problematik sei insgesamt aber ein neues Papier der Bundesärztekammer in Bearbeitung.

Den Reigen der Vorträge beschloß Herr Steuerberater *Thomas Ketteler-Eising*, Laufenberg Dr. Michels, Köln, mit der **Darstellung aktueller Fragen aus dem Steuerrecht**. Zunächst benannte Herr *Ketteler-Eising* die Problematik der steuerlichen Behandlung der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung. Diese sei nach Auffassung der Finanzverwaltung als gesondertes Wirtschaftsgut nicht abschreibungsfähig. Dieser Auffassung sei in der Vielzahl der Praxiserwerbe zu widersprechen (Fehlende Zulassungsbeschränkungen,

offene Planungsbereiche, Patientenstamm als entscheidende Größe). Dringend abzuraten sei von der Erwähnung eines gesonderten Wertes für die Vertragsarztzulassung im einzelnen Vertrag. Dadurch werde der einzelne Finanzbeamte bei einer Betriebsprüfung nur auf das Problem hingestoßen. Zudem werde damit die Argumentation, daß die Zulassung an sich keinen Wert habe, untergraben, da dieser dann im eigenen Vertrag ein Wert zugeschrieben werde. Im Zweifelsfalle helfe eine entsprechende Festlegung ohnehin nicht. Hierbei wurde durch einen Teilnehmer darauf hingewiesen, daß im Bereich der OFD Koblenz die Betriebsprüfer gezielt geschult worden seien. Grundsätzlich werde dort davon ausgegangen, daß die vertragsärztliche Praxis 50 % des immateriellen Werts einer Praxis ausmache. Hierbei erfolge durchaus eine Orientierung am Vertrag. Zur Gegenargumentation im Detail verwies Herr *Ketteler-Eising* auf den voraussichtlich in Kürze erscheinenden Artikel im DStR.

Bei der Gewinnverteilung sei insbesondere die Problematik der Umsatzsteuer zu beachten. Sofern z. B. ein Gesellschafter der Gesellschaft Geräte gegen ein Sonderentgelt überlasse, sei dieses ein umsatzsteuerpflichtiger Geschäftsvorgang. Gleiches gelte für eine explizite Vergütung eines Geschäftsführers. Anders sei dies dann, wenn ein Gewinnvorab vereinbart werde. Allerdings sei es auch hier wieder schädlich, wenn dieser Gewinnvorab oder diese Vorabzahlung gewinnunabhängig vereinbart werde. Vorzugswürdig sei insofern einfach eine unterschiedliche Beteiligung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsgewinn. Sofern eine konkretisierbare Gegenleistung erfolge, sei ein umsatzsteuerpflichtiger Geschäftsvorgang vorhanden.

Schließlich verwies Herr *Ketteler-Eising* auf die Problematik der Gewerbesteuer. Bei der Anstellung anderer Ärzte oder freier Mitarbeiter gefährde dies nicht die freiberufliche Tätigkeitserbringung, wenn der Arzt aufgrund eigener Fachkenntnisse leitend und eigenverantwortlich persönlich tätig sei und die Angestellten auch in Bereichen dauernd überwache. Wenn die Praxis aber nur von anderen Ärzten geführt werde und der Praxisinhaber selbst nicht in der Lage oder bereit sei, seine Angestellten zu überwachen, sei eine gewerbliche Tätigkeit anzunehmen.

Im Bereich der Integrierten Versorgung sei besonders die Frage der gewerblichen Infektion einer Gemeinschaftspraxis insgesamt problematisch. Hier verwies Herr *Ketteler-Eising* auf mehrere Erlasse der OFD und des BMF. Eine gewerbesteuerrechtliche Infektion könne z.B. dann vorliegen, wenn die Pauschale im Rahmen der Integrierten Versorgung auch die Abgabe von Arzneimitteln und Hilfsmitteln abdecke (DStR 2006, 1891). Diese Ansicht wurde insoweit etwas korrigiert, als daß keine Infektion anzunehmen sei, wenn die Abgabe Bestandteil der ärztlichen Betreuung sei (DB 2006, 2661). Dies gelte aber nicht bei trennbaren Leistungen. Wenn zur Vermeidung der Risiken zwischen die Krankenkasse und die Leistungserbringer eine Management-Gesellschaft geschaltet werde, sei dies dann gewerbesteuerrechtlich unproblematisch, wenn die Gesellschafter der Gemeinschaftspraxis nicht aber die entsprechende Gemeinschaftspraxis als solche an der Management-Gesellschaft beteiligt seien. Zu bevorzugen sei die Managementgesellschaft in der Rechtsform der GmbH. Hier sei insofern eine Trennung vorzunehmen. Im übrigen gelte im Rahmen der „rettenden“ Beratung: Wenn mit der Abgabe der Arzneimittel und Hilfsmittel

nachweisbar kein Gewinn erzielt werde (Abgabe/Weiterberechnung zu Selbstkosten), entstünden auch keine gewerblichen Einkünfte, da die Gewinnerzielungsabsicht Tatbestandsmerkmal der Gewerblichkeit sei.

Im Rahmen von Kooperationsverträgen sei darauf zu achten, daß ein Kooperationspartner in der Rechtsform der GbR oder GmbH, der gewerbliche Einkünfte erziele, alle anderen Partner im Rahmen der Beteiligung infizieren könne. Dieser Schneeballeffekt kann teuer werden. Zu empfehlen sei daher, daß sich niemals Gemeinschaftspraxen, sondern immer einzelne Ärzte persönlich an Kooperationen beteiligen. Wenn bei einer Teilgemeinschaftspraxis ein Arzt ausschließlich Patienten akquiriere, könne dies zur Gewerblichkeit der Teilgemeinschaftspraxis führen.

Nachteil der Gewerblichkeit sei unter anderem, daß zur Bilanzierung übergegangen werden müsse, und daß bei einem Hebesatz von über 400 % eine höhere finanzielle Belastung erfolge wegen des Ermäßigungshöchstbetrags, der die Anrechnung der Gewerbesteuer auf maximal die Einkommensteuer auf die gewerblichen Einkünfte begrenze.

Im Rahmen der Umsatzsteuer verwies Herr *Ketteler-Eising* noch auf die Problematik zu § 4 Nr. 14 UStG, wonach die ärztlichen Leistungen nur umsatzsteuerfrei seien, wenn sie der Vorbeugung, Diagnose, Behandlung oder Heilung von Krankheiten und anderen Gesundheitsstörungen, zumindest aber dem Schutz und der Aufrechterhaltung der Gesundheit dienen. Der Arzt habe die Beweislast für das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen, insbesondere der medizinischen Indizierung (therapeutisches Ziel) seiner Leistungen, wobei er dieser aus datenschutzrechtlichen Problemen nicht immer gerecht werden könne. Grauzonen seien der Bereich der plastischen Chirurgie (Schönheitschirurgie = ohne therapeutisches Ziel = Umsatzsteuerpflicht), der Präventionsleistungen, kontrazeptiver Maßnahmen und individueller Gesundheitsleistungen. Bei den kontrazeptiven Maßnahmen äußerte Herr *Ketteler-Eising* seine Zweifel, ob die bekannt gewordenen Urteile (*FG Hessen*, EFG 2007, 1561) mit den Vorgaben des Europarechts (vgl. *EuGH*, GesR 2004, 53) kompatibel seien. Bei Organisationsgemeinschaften seien nur die Leistungen umsatzsteuerfrei, die unmittelbar zur Erbringung umsatzsteuerfreier ärztlicher Leistungen beitragen.

Alle Anwesenden waren sich einig, daß diese Tradition fortgesetzt werden muß. Ort und Zeit werden rechtzeitig mitgeteilt.