

Gemeinsame Veranstaltung der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung

Bereits zum zehnten Mal trafen sich knapp 70 Mitglieder der Arbeitsgruppen Berufsrecht und Vertragsgestaltung der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein am 7. November 2014 in Düsseldorf unter der Leitung von Herrn Rechtsanwalt Dr. KARL-HEINZ MÖLLER, Möller und Partner Düsseldorf, und Herrn Rechtsanwalt PETER PEIKERT, pwk Rechtsanwälte Dortmund, um gemeinsam aktuelle Fragen zu erörtern. Sämtliche Vorträge sind auf der Internetseite der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht eingestellt.

Der Reigen der Vorträge wurde eröffnet von Herrn Dr. KARSTEN SCHOLZ, Justitiar der Ärztekammer Niedersachsen, der über **die Stellungnahme der Bundesärztekammer zu Beteiligungsmodellen** (DÄBl. 2013, A-2226) sprach. SCHOLZ legte dar, dass das Ziel der Stellungnahme gewesen sei, die einschlägigen Normen zusammenzustellen und die dazu ergangene Rechtsprechung zusammenzufassen. Sodann sollte ein Handlungskorridor aufgezeigt werden, um eventuelle Risiken für die Ärzte zu minimieren. Schließlich solle das Empfehlungsverbot im Einzelnen mit Beispielen erläutert werden.

Zunächst gehe es um den Hinweis auf „Gefährdungslagen“ der ärztlichen Unabhängigkeit, nämlich insbesondere bei Fremdbesitz an Arztpraxen, gewerblichen Tätigkeiten im Zusammenhang mit ärztlicher Tätigkeit oder Unternehmensbeteiligungen, bei denen maßgeblicher Einfluss des Arztes auf seinen Ertrag bestehe, sowie Ansiedlungen „im Umfeld“ des Arztes. Andererseits sei bekannt, dass die Patienten häufig Empfehlungen durch den Arzt des Vertrauens wünschten und aus Sicht der Patienten und der Politik auch ein Komplettangebot („Versorgung aus einer Hand“) gerne gesehen werde. Uneingeschränkt zulässig seien unternehmerische Betätigungen ohne Bezug zur konkreten Berufsausübung, da mangels Konnexität zwischen Unternehmenszweck und ärztlicher Tätigkeit nicht einmal eine abstrakte Gefahr des Zurückstellens medizinischer Gesichtspunkte bestehe. Es seien auch keine Gemeinwohlbelange ersichtlich, die eine Benachteiligung gegenüber anderen Investoren rechtfertigen könnten. Dies ergebe sich auch aus Art. 12 GG. Zum Zweitberuf eines Arztes als Gewerbetreibender verwies SCHOLZ auch auf eine Entscheidung des *BVerfG* zum Rechtsanwaltsberuf (Urt. v. 4.11.1992 – 1 BvR 79/85, BVerfGE 87, 287 [316]). Danach sei das Verbot eines Zweitberufes nur zum Schutz eines besonders wichtigen Gemeinschaftsguts im Rahmen der Verhältnismäßigkeit

zulässig. Beschränkungen seien allerdings zulässig, wenn von vornherein absehbar sei, dass die Aufgabenstellung des zweiten Berufs die Unabhängigkeit oder Integrität des Arztes gefährde oder beeinträchtige und das Ziel des Verbots nicht mit anderen gleich wirksamen, aber weniger belastenden Maßnahmen erreichbar sei. Zu berücksichtigen sei, ob der Zweitberuf beim Publikum, welches ärztliche Hilfe suche, begründete Zweifel an der Unabhängigkeit erwecke. Als Beispiel nannte SCHOLZ einen Arzt, der auch als Berufsbetreuer tätig sein wolle. Andererseits sei es Ärzten gestattet, MVZ zu gründen, was für das SGB V die Frage des aus Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Gebots der Folgerichtigkeit aufwerfe.

Speziell für Ärzte sei die der Stellungnahme vorangestellte Checkliste gedacht. In dieser werde herausgestellt, dass ärztliche Behandlungsentscheidungen nach medizinischen Gesichtspunkten getroffen werden müssten und sich nicht von berufsfremden Aspekten, insbesondere nicht von merkantilen Interessen, leiten lassen dürften. Insofern sei jeder Arzt aufgefordert, sicherzustellen, dass in allen seinen vertraglichen und sonstigen beruflichen Beziehungen zu Dritten die ärztliche Unabhängigkeit bei der Behandlung der Patienten gewahrt sei. Dies ergebe sich vor allem aus dem Genfer Gelöbnis, § 30 MBO sowie § 23 Abs. 2 MBO. Die unternehmerische Betätigung sowie die Beteiligungen an Unternehmen sei dem Arzt je eher gestattet, je klarer diese von der ärztlichen Tätigkeit getrennt seien und je weniger die unternehmerische Tätigkeit mit der ärztlichen Tätigkeit in Verbindung gebracht werden könne. Unternehmerisches Handeln, welches Patienten des Arztes einbeziehe, sei hingegen nur in engen Grenzen zulässig. Die Bewertung von Beteiligungsmodellen sowie die Werbung für die Inanspruchnahme entsprechender Dienstleistungen orientiere sich maßgeblich daran, ob jeglicher unmittelbare oder mittelbare Einfluss auf die Patienten zur Inanspruchnahme der Leistung unterbleibe. Insoweit verwies SCHOLZ auf die Entscheidung des *BGH* vom 23.2.2012 – I ZR 231/10, GesR 2012, 621, zum Dentallabor; allerdings würden Eigeneinrichtungen teilweise kritisch gesehen (vgl. *Schütze*, Festschrift Jaeger, S. 539). Es müsse den Ärzten vor Augen geführt werden, dass sie, wenn sie bei der unternehmerischen Betätigung ärztliche Kompetenz einsetzen, immer noch an die ärztliche Berufsordnung gebunden seien. Wenn sich Ärzte zusätzlich unternehmerisch betätigten und z.B. eine gewerbliche Ernährungsberatung betrieben, blieben sie aufgrund der Approbation Ärzte mit allen damit verbundenen Rechten und Pflichten. Auf diese Weise könne sich der Arzt nicht der Berufsordnung entziehen. Der Arzt sei z.B. immer an das Gebot gebunden, möglichen Schaden von Personen abzuwenden und den ärztlich-fachlichen Standard einzuhalten. Diesen Aspekt blende die Entscheidung des *BGH* zur Ernährungsbera-

tung (Urt. v. 29.5.2008 – I ZR 75/05, GesR 2008, 474) leider aus. Im Zusammenhang mit bei den Sozialgerichten anhängigen Verfahren zur Befreiung angestellter Ärzte von der Rentenversicherungspflicht wies SCHOLZ auf den weiteren Begriff der ärztlichen Tätigkeit nach Heilberufe- und Kammergesetzen als nach der BÄO hin. Eine Kammermitgliedschaft werde immer bereits dann angenommen, wenn der Arzt bei der Tätigkeit die Kenntnisse des Medizinstudiums mitverwerten könne (vgl. OVG Lüneburg, Urt. v. 15.1.2010 – 8 LC 102/08).

Die Ärzte dürften Empfehlungen für einen bestimmten Leistungserbringer, unabhängig von einer persönlichen Beteiligung oder nicht, nach der Rechtsprechung nur aussprechen, wenn der Patient aus eigenem Antrieb darum bitte oder ausnahmsweise ein sachlicher Grund bestehe. Dies ergebe sich auch aus § 31 Abs. 2 MBO. Insoweit verwies SCHOLZ darauf, dass es eine zunehmend einschränkende Rechtsprechung der Instanzgerichte gebe. Auf der anderen Seite habe der Arzt auch eine Fürsorgepflicht gegenüber hilfsbedürftigen Patienten. Klärungsbedarf bestünde zu den Hausarztverträgen; eine Zuweisung dürfte jedenfalls dann zulässig sein, wenn ausdrücklich die Terminvermittlung auf Patientenwunsch hin geregelt worden sei.

Die Ärzte seien aufgerufen, gegenüber dem Patienten Transparenz zu schaffen über gegebenenfalls vorhandene wirtschaftliche Zusammenhänge zu einem Unternehmen, damit die Patienten das Recht auf freie Wahl der Leistungserbringer hätten. In diesem Zusammenhang verwies SCHOLZ auf die Stellungnahme des *Medizinrechtsausschusses* im DAV zu § 299a StGB (abrufbar unter <http://www.anwaltverein.de/downloads/DAV-SN54-2014.pdf>). Die Transparenz sei jedenfalls eine wichtige Hilfestellung, auch wenn nicht geklärt sei, ob nicht die Bequemlichkeit des Patienten alle Bemühungen um Transparenz vergeblich erscheinen lasse.

Den Ärzten müsse auch vor Augen geführt werden, dass es unzulässig sei, wenn die Verordnungen oder die Zuweisung von Patienten einen spürbaren Einfluss auf den Ertrag aus der Unternehmensbeteiligung habe. Es könne sich schon aus der Gesamthöhe der zufließenden Vorteile die Unzulässigkeit einer Beteiligung ergeben. Von besonderer Relevanz seien die Entscheidung des *BGH* vom 13.1.2011 – I ZR 111/08, GesR 2011, 246 und I ZR 112/08, MPR 2011, 88. Bei Unternehmensbeteiligungen erfasse der Vorteilsbegriff des § 31 Abs. 1 MBO jede wirtschaftliche Besserstellung des Arztes. Verboten sei jede Regelung, wonach der Rückfluss oder der Gewinn unmittelbar von der Anzahl der Zuweisungen abhängen; allerdings sei das Halten von Aktien eines größeren Unternehmens zulässig, weil der Einfluss auf den

Gewinn zu gering sei (vgl. *OLG Köln*, Urt. v. 4.11.2005 – 6 U 46/05, ZMGR 2006, 67). Die Einschaltung von Treuhändern oder Stroh Männern mache eine verbotene Beteiligung nicht zulässig. Erfasst seien von den berufsrechtlichen Normen auch Dritt Vorteile. Als Beispiel nannte SCHOLZ den Fall, in dem ein Generika-Hersteller die Geschäftsstelle einer Ärztegenossenschaft bezuschusse, und zwar in Abhängigkeit von dem Verordnungsumfang seitens der Genossen. Die Ärzte seien insbesondere dann aufgerufen, Beteiligungsangebote kritisch zu prüfen, wenn Anhaltspunkte dafür bestünden, dass nur bestimmte Facharztgruppen bzw. Leistungserbringer angesprochen würden oder den Ärzten eine deutlich über den üblichen Marktkonditionen liegende Rendite versprochen werde.

Mittelbarer Profit sei alleine kein Hindernis für ein entsprechendes Vorhaben. Es dürfe jedoch bei objektiver Betrachtung kein spürbarer Einfluss bestehen, was der Fall sei, wenn die Umsatzsteigerung und daraus folgende Rückvergütungen persönlich zuordenbar seien. Alleine die Gesamtsumme der Rückflüsse könne jedoch auch solche Modelle unzulässig machen. In jedem Fall sei eine Einzelfallbetrachtung erforderlich.

Besonders verwies SCHOLZ auf die Regelung des § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V, wonach auch die Beteiligung an Unternehmen verboten sei, aus denen der Vertragsarzt zwangsläufig auf sein Ordnungsverhalten maßgeblich zurückzuführende Gewinne erziele, wobei ein „aktives“ Ordnungsverhalten – also „unterstützende Maßnahmen“ neben dem Ausstellen von Ordnungen – nicht erforderlich sei (a.A. *Lauber/Peters*, GesR 2013, 523). Dies sei z.B. der Fall, wenn sich der Arzt an einem Sanitätshaus beteilige, welches seine Betriebsstätte in unmittelbarer Nähe zur Arztpraxis unterhalte, die Patienten dieses Sanitätshaus also ohnehin ohne weiteres Zutun des Arztes frequentierten.

Ärzte müssten daran erinnert werden, dass die Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeit im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit berufsrechtlich unzulässig sei (§ 27 Abs. 3 S. 4 MBO). Es genüge nach der Rechtsprechung des BVerfG bereits der böse Schein, um Zweifel an der Integrität zu wecken. Im Übrigen bestehe das grundsätzliche Neutralitätsgebot: das heißt, der Arzt dürfe das eigene Unternehmen nicht bevorzugen. In jedem Fall sei von Bedeutung, dass entscheidend für die rechtliche Bewertung nicht die formale vertragliche Ausgestaltung des Beteiligungsverhältnisses sei, sondern wie das im Vertrag Festgelegte „im Alltag gelebt werde“. Die Ärzte sollten entsprechende Pläne für eine unternehmerische Betätigung oder vergleichbare Vorhaben vorher mit der zuständigen Ärztekammer abstimmen, um

Transparenz zu schaffen. Gegebenenfalls sei es sinnvoll, die Entwürfe zur Prüfung der vertragsrechtlichen Aspekte auch schon vorher der Kassenärztlichen Vereinigung vorzulegen.

Sodann erörterte Herr Rechtsanwalt Dr. RUDOLF RATZEL, Ratzel Rechtsanwälte München, **ausgewählte Probleme der Liquidation der Berufsausübungsgemeinschaft**. Es gebe verschiedene Auflösungsgründe für eine Berufsausübungsgemeinschaft. Zu verweisen sei auf §§ 723-728 BGB. Ein Auflösungsgrund könne die Kündigung eines Gesellschafters sein, wenn der Vertrag – wie bei älteren Verträgen sehr häufig – keine Fortsetzungsklausel enthalte. Auch bei einer 2er-Gesellschaft führe eine Kündigung zur Auflösung, ungeachtet dessen, ob es ein Anwachsungsrecht bzw. ein Übernahmerecht gebe oder nicht. Die einzige Ausnahme bestehe dann, wenn ein Übernahmerecht mit der Fortführungsoption des neuen Gesellschafters bestehe. Die unwirksame Ausschließung in einer 2er-Gesellschaft führe ebenfalls zur Liquidation. Gleiches gelte für den Tod, wenn keine Fortsetzungsklausel vereinbart sei. Schließlich gebe es noch § 726 BGB, der die Auflösung wegen nachträglichen Unmöglichwerdens des Gesellschaftszwecks regle. Dies führe aber gegen den Gesetzeswortlaut nicht zur sofortigen Beendigung der Gesellschaft; vielmehr sei nur die Kündigungserklärung entbehrlich. Liege die Unmöglichkeit hingegen schon von Anfang an vor, handele es sich um eine fehlerhafte Gesellschaft, bei der die Abwicklung problematisch sei.

Dies betreffe insbesondere die Problematik der Scheingesellschaften. Diese seien nach Bereicherungsrecht abzuwickeln. Von besonderer Bedeutung seien die zulassungsrechtlichen Konsequenzen. Vertragsärztliches Honorar könne als öffentlich-rechtlicher Schadensersatzanspruch zurückgefordert werden (siehe *BSG*, Urt. v. 23.6.2010 – B 6 KA 7/09 R, *GesR* 2010, 615).

Wenn die bestehende BAG gewerblich handele, führe dies nicht zur Auflösung. Vielmehr werde die Gesellschaft kraft Gesetzes gemäß § 105 HGB in eine offene Handelsgesellschaft umgewandelt und fortgesetzt unter Wahrung der Identität mit anderem Gesellschaftszweck. Hier gebe es das Problem, dass der Gesellschaftszweck dann unter Umständen gar nicht erreicht werden könne, weil die Ärzte nicht in einer OHG tätig werden dürften. Die sich hieraus ergebenden zulassungsrechtlichen Konsequenzen seien bisher noch nicht auch nur ansatzweise diskutiert worden. Insoweit verwies RATZEL auf die Entscheidung des *FG Düsseldorf* vom 19.9.2013 – 11 K 3968/11 F, *ZMGR* 2014, 299. Dort hatte das Finanzgericht die Mitunternehmerschaft eines Gesellschafters verneint, da dessen Beteiligung auf

eigene Umsätze beschränkt gewesen sei. Dies führe dazu, dass dieser Gesellschafter gewerbliche Einkünfte erzielt habe und deswegen die gesamte BAG gewerbliche Einkünfte erlangt habe. Diese Frage müsse jetzt vom Bundesfinanzhof noch geklärt werden (VIII R 63/13).

Die Insolvenz der Gesellschaft führe zwingend zur Auflösung (§ 728 Abs. 1 BGB). Die Insolvenz eines Gesellschafters führe nur dann zur Auflösung, wenn keine Fortsetzungsklausel im Vertrag enthalten sei (§ 728 Abs. 2 BGB). Abzustellen sei insoweit auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, also nicht bereits auf den Eintritt der Insolvenz. Antragsberechtigt seien Gläubiger und auch Gesellschafter (§ 15 Abs. 1 InsO). Es bestehe – insoweit anders als bei der GmbH – keine Antragspflicht, wenn wenigstens eine persönlich haftende natürliche Person vorhanden sei (§ 15a InsO). Dennoch seien hier immer die Grundsätze der Geschäftsführerhaftung zu beachten. Das Insolvenzverfahren ersetze die Liquidation gemäß §§ 730 ff. BGB. Die Zulassungen selber seien höchstpersönliche Rechtspositionen. Insoweit bestehe kein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters (siehe *BVerfG*, Beschl. v. 22.3.2013 – 1 BvR 791/12, *MedR* 2013, 664). Eine weitere Variante, die häufig verwendet werde, sei die Auflösung durch die Anschlusskündigung. Insoweit hätten die anderen zunächst nicht kündigenden Gesellschafter die Möglichkeit, selbst die Kündigung auszusprechen und damit das Ende der Gesellschaft herbeizuführen. Eine Auflösung sei auch dann erforderlich, wenn von einem eventuell bestehenden Übernahmerecht kein Gebrauch gemacht werde. Schließlich könnten die Gesellschafter einen Beschluss zur Auflösung der Gesellschaft fassen. Dieser Beschluss müsse grundsätzlich einstimmig erfolgen (siehe *BGH*, Urt. v. 28.11.1957 – II ZR 55/57, *BGHZ* 26, 126). Ob eine vertragliche Abänderung durch qualifizierte Mehrheitsentscheidung möglich sei, sei umstritten. Oft lösten sich derartige Fragen auch wirtschaftlich.

Die Regelungen zur Durchführung der Auflösung in §§ 730 ff. BGB seien abdingbar. Grundsätzlich werde die verbende Gesellschaft zur Abwicklungsgesellschaft, existiere also weiterhin. Alle Gesellschafter seien Abwickler, bisherige Alleingeschäftsführungsbefugnisse endeten. Damit bestehe grundsätzlich gemeinsame Geschäftsführung. Vertraglich sollte abweichend geregelt werden, dass nur ein oder mehrere Liquidatoren zuständig seien. Dies könne auch durch einen gesonderten Beschluss der Gesellschafter erfolgen. Auch in diesem Stadium bestehe die Treuepflicht der Gesellschafter weiter. Sie hätten also auch daran mitzuwirken, dass die Gesellschaft so schnell wie möglich abgewickelt werde. Gesondert geregelt werden sollte das Schicksal der entsprechenden Zulassungen. Sorgfalt zu widmen sei auch den

Regelungen zum Schicksal von eventuellen Angestelltensitzen. Denn die Anstellungsverhältnisse bestünden grundsätzlich mit der Gesellschaft, während die Anstellungsgenehmigung als solche einem Gesellschafter zugeordnet worden sei. Jedenfalls in der Praxis der Zulassungsausschüsse sei es so, dass der Angestellte dem Arzt folge, dem auch die Anstellung genehmigt worden sei. Hierfür sei dann im Einzelnen ein finanzieller Ausgleich zu regeln. Geregelt werden sollte auch die Frage der Realteilung mit einem Spitzenausgleich, und zur Vermeidung negativer steuerliche Konsequenzen sollte eine dreijährige Sperrfrist eingerichtet werden. Erst mit der Schlussabrechnung sei die Liquidation beendet. Die vorgenannten Punkte erörterte RATZEL sodann noch an einem Beispiel aus der eigenen anwaltlichen Praxis. Ergänzt wurde der Vortrag durch steuerliche Hinweise von Herrn Steuerberater THOMAS KETTELER-EISING, Laufenberg Michels Köln. Es sei zu differenzieren zwischen der steuerrechtlichen und der zivilrechtlichen Bewertung der Gesellschaft bzw. der Mitunternehmerschaft. Nicht in jedem Fall sei eine steuerliche Realteilung anzunehmen. Zu prüfen sei die Frage der Umsatzsteuer. Zudem sei zu beachten, dass bei der Realteilung eine Vermögensverschiebung in eine andere GbR steuerneutral nicht möglich sei (siehe auch die Ausführungen von *Michels* im Jahr 2013, vgl. ZMGR 2014, 253).

Der Vortrag wurde intensiv diskutiert. Dabei wurde insbesondere problematisiert, ob die Änderung des Zwecks der GbR zu Änderungen der Nutzungsrechte führe. Eine Nutzungsuntersagung dürfte gerichtlich nicht durchgesetzt werden können, wenn sie zu einer Gefährdung der Patientenversorgung führen werde. Im Rahmen der Abwicklungsgesellschaft könne die Geschäftsführung prinzipiell nur gemeinsam, ungeachtet der vormaligen Regelungen im Gesellschaftsvertrag, ausgeübt werden; dies umfasse auch das Nutzungsrecht.

Im folgenden Vortrag erörterte Herr Rechtsanwalt Dr. INGO PFLUGMACHER, Busse & Miessen Bonn, **Fragen der Stilllegung von Vertragsarztsitzen und der Auswirkung auf die Vertragsgestaltung**. Ausgangspunkt seines Vortrages war die Regelung des § 103 Abs. 3a SGB V, wonach der Zulassungsausschuss entscheide, ob ein Nachbesetzungsverfahren überhaupt durchgeführt werden solle. Der Zulassungsausschuss könne den Antrag ablehnen, wenn eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes aus Versorgungsgründen nicht erforderlich sei. Habe der Zulassungsausschuss den Antrag abgelehnt, habe die Kassenärztliche Vereinigung dem Vertragsarzt oder den Erben eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes der Arztpraxis zu zahlen.

Der vorliegende Entwurf des GKV-Versorgungsstärkungsgesetzes sehe vor, in der Regelung das „kann“ durch ein „soll“ zu ersetzen. Zur Begründung führe der Gesetzgeber aus, dass die Zulassungsausschüsse bisher von der Möglichkeit kaum Gebrauch gemacht hätten. So seien im Bereich der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein bisher nur zwei Einziehungen beschlossen worden. Beide hätten kleine Praxen betroffen und seien bestandskräftig geworden. Die Entschädigung sei durch Bescheid auf zwei Quartalsumsätze festgesetzt worden. In Bayern stimmten die Krankenkassenvertreter in den Zulassungsgremien häufig gegen eine Ausschreibung, würden dabei jedoch von den KV-Vertretern überstimmt. Hierzu liege auch bereits eine Gerichtsentscheidung vor. Das *SG Nürnberg* (Urt. v. 20.3.2014 – S 1 KA 46/13) habe auf Klage der KV den Nichtausschreibungsbeschluss des Zulassungsausschusses aufgehoben und die Angelegenheit zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.

Die bisherige Kann-Regelung bedeute allein der Einräumung von Ermessen. Die geplante Soll-Regelung bedeute hingegen eine strikte Bindung für den Regelfall und gestatte ein Abweichen nur in atypischen Fällen, in denen überwiegende Gründe für ein Abgehen von der Norm sprechen (*BVerwG*, Urt. v. 14.1.1982 – 5 C 70.80, *BVerwGE* 64, 318 [323]). Es werde künftig – bei gesetzeskonformer Anwendung durch die Zulassungsausschüsse – entscheidend auf die „Erforderlichkeit aus Versorgungsgründen“ ankommen. Insoweit genüge nicht alleine die Überversorgung im Planungsbereich. Maßgeblich dürfte vielmehr sein, ob andere Vertragsärzte zur weiteren Versorgung der Patienten bereit und in der Lage seien.

Diskussionsbedarf bestehe insbesondere in Fragen der Entschädigung. § 103 Abs. 3a S. 8 SGB V sehe eine Entschädigung in Höhe des Verkehrswertes der Arztpraxis vor (siehe auch § 103 Abs. 4 S. 7 SGB V); allerdings sei nicht abschließend geklärt, wie sich der Verkehrswert eigentlich ermittele. Das *BSG* habe in seinem Urt. v. 14.12.2011 – B 6 KA 39/10 R, *ZMGR* 2012, 189, die modifizierte Ertragswertmethode für anwendbar erklärt. Hierbei seien Substanzwert und immaterieller Wert, letzterer berechnet unter Berücksichtigung der Kosten der Praxis und der Einnahmen auch aus privatrechtlicher Tätigkeit, zu ermitteln. Abzuziehen sei der kalkulatorische Arzt-Lohn in Abhängigkeit vom Umfang der Tätigkeit des bisherigen Praxisinhabers. Insoweit sei zumindest klar, dass nicht nur die fehlende Zulassung zu entschädigen und der Verkehrswert nach Fortführungswerten – nicht aber nach Liquidationswerten – zu bestimmen sei. Es sei noch zu beachten, dass das *BSG* auch bei kleineren Praxen den Abzug des kalkulatorischen Arztlohns verlange. Vollzeit betriebene Praxen mit Gewinnen unter 80.000 € könnten so schnell ein Verkehrswert von 0 € haben.

PFLUGMACHER stellte sodann die Grundzüge des Entschädigungsrechts dar. Zu entschädigen sei (nur) das volle Äquivalent des Genommenen (*BGH*, Urt. v. 22.1.2009 – III ZR 233/07, *NJW* 2009, 2534). Entschädigung selbst sei aber kein Schadensersatz. Neben der Substanzentschädigung seien Folgeschäden auch dann auszugleichen, wenn einfach-gesetzliche Regelungen dies nicht ausdrücklich vorsähen (*Ossenbühl/Cornils*, *Staatshaftungsrecht*, 6. Aufl. 2013, S. 254). Nicht durch Art. 14 GG geschützt seien aber Exspektanzen, also Chancen, Zukunftshoffnungen und Aussichten, die sich noch nicht zu Vermögensbestandteilen verdichtet haben (siehe *BVerfG*, *Beschl. v. 18.3.1970 – 2 BvO 1/65*, *BVerfGE* 28, 119 [142]). Es gälten insoweit die allgemeinen Grundsätze der Vorteilsausgleichung und der Schadensminderungspflicht. Problematisch sei dies insbesondere bei Miet-, Leasing- und Arbeitsverträgen sowie der Frage der Aufbewahrung der Kartei und der hiermit verbundenen Kosten. Zwar sei es häufig so, dass beim Praxisverkauf die Verträge und die Aufbewahrung der Kartei vom Nachfolger übernommen werden. Allerdings sei dies nur eine Chance und keine Rechtsposition. Zudem könne ein Ausschreibungsverfahren nicht nur durch die Fortführung der Praxis am selben Ort beendet werden, sondern auch durch Fortführung der Praxis an anderem Ort durch (neue) Angestellte (siehe § 103 Abs. 4b S. 2 oder Abs. 4c SGB V). In diesen Fällen müsse weder ein Betriebsübergang vorliegen noch eine Vertragsübernahme erfolgen. Zum bestehenden Unternehmen als Sach- und Rechtsgesamtheit gehöre aber die Möglichkeit, die Aufgabe der vertragsärztlichen Tätigkeit und die Kündigung der Dauerschuldverhältnisse zeitlich zu harmonisieren. Wenn die Nichtdurchführung der Ausschreibung also dazu führe, dass die vertragsärztliche Tätigkeit eingestellt werden müsse, bevor die Dauerschuldverhältnisse erstmals durch Kündigung beendet werden konnten, seien die Kosten bis zur erstmaligen Beendigungsmöglichkeit ein entschädigungspflichtiger Folgeschaden. Diesem Aspekt könne durch den Zulassungsausschuss z.B. dadurch Rechnung getragen werden, dass dieser mitteile, dass die Ablehnung des Antrags beabsichtigt sei und der Arzt aufgefordert werde, die relevanten Bindungsfristen mitzuteilen, und sodann das Datum der Wirksamkeit des Zulassungsendes entsprechend angepasst werde.

Der neuen Rechtslage sei auch bei der Vertragsgestaltung Rechnung zu tragen. Dies betreffe zunächst den Praxismietvertrag. Ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 543 Abs. 1 BGB bestehe nur dann, wenn die zur Kündigung berechtigenden Tatsachen nicht im Risikobereich eines Vertragsteils lägen (*BGH*, Urt. v. 10.12.1980 – VIII ZR 186/79, *WM* 1981, 66). Auch nur unter den gleichen Voraussetzungen wäre ein Wegfall der Geschäftsgrundlage anzunehmen. Die dem Vertrag zu Grunde liegende

Risikoverteilung dürfe durch die Rechtsfolgen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht geändert werden. Zudem sei auch nicht nach allen Verträgen ein Vermieter überhaupt verpflichtet, einen als Nachfolger zugelassenen Arzt als Mieter oder Untermieter aufzunehmen. Der Umstand der frustrierten Mietzahlung für die Zwischenzeit beruhe auf der Entscheidung des Mieters, die vertragsärztliche Tätigkeit einzustellen, was ersichtlich alleine in seine Risikosphäre falle. Sofern die Nachbesetzung aus anderen Gründen erfolgen solle, sei darauf hinzuweisen, dass eine schwere Erkrankung des Mieters ihn nicht zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtige (siehe *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 6.6.2000 – 24 U 186/99, NZM 2001, 669). Daher müsse der Mietvertrag eine Regelung in Anlehnung an § 580 BGB enthalten. So könne im Fall der bestandskräftigen Ablehnung der Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens ein außerordentliches Kündigungsrecht angenommen werden. Eine entsprechende Regelung könne auch bei Berufsausübungsgemeinschaften für Teilflächen, sofern diese getrennt nutzbar seien, vertraglich vereinbart werden.

Beim Praxiskaufvertrag sei darauf zu achten, dass die bisher überwiegend verwendeten aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen, die sich allein auf die Bestandskraft der Nachfolgezulassung beziehen, nicht mehr ausreichen. Es sei zusätzlich über Bedingungen oder Rücktrittsrechte dem Umstand der möglichen Ablehnung des Ausschreibungsantrages Rechnung zu tragen.

§ 103 Abs. 3a SGB V gelte auch für die Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes eines BAG-Partners. Die Vorschrift gelte aber nicht, wenn eine Arztstelle nach § 95 Abs. 9b SGB V ausgeschrieben werden solle. Falls die Rechtsprechung die neue gesetzliche Regelung analog anwende, stelle sich die Frage, was zu entschädigen sei. Die Anstellungsmöglichkeit sei es nicht, es müsse also der „Wert der Zulassung bzw. Arztstelle“ sein, ein solcher eigenständiger Wert werde aber bisher – zu Recht – von der Rechtsprechung verneint.

Um trotz der neuen gesetzlichen Regelungen Planungssicherheit zu erhalten, böten sich mehrere Möglichkeiten an. So führe die dreijährige gemeinsame Berufsausübung zur Privilegierung und das Nachbesetzungsverfahren sei dann zwingend durchzuführen. Eine Möglichkeit sei auch, einen Verzicht zu Gunsten des Mitgesellschafters mit nachfolgender Anstellung vorzunehmen und sodann die Arztstelle mit dem zukünftigen Partner nachzubesetzen. Nach einer Nachbesetzung werde dann die Arztstelle zurück umgewandelt. Von besonderer Bedeutung sei die Frage der Praxiseinziehung von Vertragsärzten bei Gemeinschaftspraxen. Auf die Problematik sei bereits in Literatur hingewiesen worden (*Cra-*

mer/Goldbach/Schlegelmilch, ZMGR 2014, 241). Hier sei insbesondere zu regeln, wem die entsprechende Entschädigung zustehe. Dies könne nur der sein, dem ein Vermögenswert genommen werde. Da beim Ausscheiden üblicherweise die Gesellschaftsanteile gegen Abfindung den verbleibenden Gesellschaftern anwachsen, werde bei Ablehnung der Ausschreibung den verbleibenden Gesellschaftern die Verwertungsmöglichkeit genommen, so dass diese zu entschädigen seien. Anders sei dies nur dann, wenn der direkte Anteilsverkauf vom Ausscheidenden an einen Dritten vorgesehen sei. Insoweit sei insbesondere auf die Begründung zum Urteil des BSG (Urt. v. 25.11.1998 – B 6 KA 70/97 R, NZS 1999, 470) zu verweisen. Bei der Regelung des Gesellschaftsvertrages müsse immer berücksichtigt werden, wer zur wirtschaftlichen Verwertung des Gesellschaftsanteils berechtigt und verpflichtet sei. Dies seien gemäß der gesetzlichen Regelung des § 738 BGB die verbleibenden Gesellschafter. Eine Ausnahme liegen nur dann vor, wenn die Berechtigung zum Anteilsverkauf vorliege (siehe § 717 BGB). Wenn dem ausscheidenden Gesellschafter die Verwertung obliege, sei dieser zu entschädigen. Wenn dem oder den verbleibenden Gesellschaftern die Verwertung obliege, seien diese zu entschädigen. Bei diesem Verständnis ergäben sich stringente und sachgerechte Ergebnisse. Es komme insoweit auf eine faire Verteilung des Verwertungsrisikos an. Zu berücksichtigen sei bei den vertraglichen Regelungen auch, dass eine dem ausscheidenden Partner zufließende Abfindung möglicherweise dem Entschädigungsanspruch nach den Grundsätzen der Vorteilsanrechnung anzurechnen sei. Solange jedenfalls kein Konsens darüber bestehe, ob der ausscheidende Partner oder die verbleibenden Partner im Fall des Anwachsens Inhaber des Entschädigungsanspruchs seien, müssten in den Verträgen beide Varianten alternativ geregelt werden. Dies sei möglich, wenn die Abfindung mit der Entschädigung gekoppelt werde und man den ausscheidenden Partner verpflichte, ein Teilbetrag der Entschädigung an die verbleibenden Partner zu zahlen, oder man mit einer entsprechenden Abtretung arbeite. Bisher nicht geklärt sei, ob die Entschädigung umsatzsteuerpflichtig sei. Nach den allgemeinen Grundsätzen seien entsprechende Leistungen der Umsatzsteuer unterworfen, wobei die Umsatzsteuer jedoch von der Kassenärztlichen Vereinigung zu zahlen sei (in der Diskussion wurde dies von einigen Teilnehmern unter Hinweis auf den fehlenden Leistungsaustausch verneint). Dies müsse auch bei vertraglichen Regelungen beachtet werden. Zudem müssten jedenfalls in den Fällen, in denen die Entschädigung wirtschaftlich mehreren Partnern zustehen solle, alle auch berechtigt sein, gegen die Höhe der Entschädigung vorzugehen. Gegebenenfalls müssten

Pflichten zur Einlegung von Rechtsmitteln auf Weisung und Kosten der begünstigten Partner aufgenommen werden.

Die Gesetzesänderung sei eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme, aber auch eine Haftungsfalle für Anwälte. Bei Gesellschaftsverträgen mit Fortsetzungsklausel müsse differenziert betrachtet werden, wer die Entschädigung erhalte. Gegebenenfalls seien Ausgleichsmaßnahmen vorzusehen. Die frühzeitige Planung des Nachbesetzungsverfahrens gewinne noch mehr an Bedeutung als bisher. Dies betreffe sowohl Gestaltungen zur Risikominimierung mit Anstellung und Rückumwandlung als auch die Einzelpraxis.

Sodann referierten die Rechtsanwälte Dr. KARL-HEINZ MÖLLER und Dr. KYRILL MAKOSKI, Möller und Partner Düsseldorf, über die **Einbindung von Honorarärzten in (ambulante) Krankenhausleistungen**. Der Begriff des Honorararztes sei vom *BGH* im Ur. v. 16.10.2014 (III ZR 85/14, Rn. 14) definiert worden. Danach sei ein Honorararzt ein Facharzt, der im Bereich eines Krankenhauses ärztliche Leistung für die Träger erbringe, ohne bei diesem angestellt oder als Belegarzt oder konsiliarisch tätig zu sein. Sein Honorar sei mit dem Träger frei vereinbart und unterliege keiner tarifvertraglichen Bindung. Zu unterscheiden seien der Honorarvertretungsarzt (dies sei ein nicht niedergelassener Arzt, der in einem Krankenhaus ohne Arbeitsvertrag aushilfsweise tätig sei) und der Honorarkooperationsarzt; besonders für diesen gälten die nachstehenden Ausführungen. Die genaue Zahl der Honorarärzte sei nicht bekannt, sie liege irgendwo zwischen 1.500 und 6.000. Bereits 2/3 der Krankenhäuser hätten im Jahr 2012 Honorarärzte eingesetzt. Am meisten vertreten seien Anästhesisten. Motivation der Krankenhäuser seien vor allem Probleme bei der Besetzung von Arztstellen sowie die Zuweiserbindung. Ärzte schätzten hingegen die Flexibilität und die gesteigerten Verdienstmöglichkeiten.

Es gelte nach wie vor, dass der Honorararzt „von Problemen umzingelt“ sei (siehe *Wallhäuser/Witt*, zit. nach *Möller/Makoski*, GesR 2012, 647, Fn. 5). Die Änderung von § 2 Abs. 1 S. 1 und § 2 Abs. 3 KHEntgG, wonach Krankenhausleistungen auch durch nicht fest angestellte Ärztinnen und Ärzte erbracht werden dürften, habe vor allem das Ziel, den in der Praxis weit verbreiteten Einsatz von nicht fest angestellten Ärzten bei der Erbringung allgemeiner Krankenhausleistungen zu regeln. Die Honorarärzte müssten die gleichen Anforderungen erfüllen wie die sonstigen Ärzte des Krankenhauses, z.B. im Bezug auf die Facharzt-Qualifikation und entsprechende Fortbildungen.

Hiervon zu unterscheiden sei jedoch die sonstige Frage der Tätigkeit von nicht festangestellten Ärzten für Krankenhausleistungen. Maßgebliche Norm sei insoweit § 2 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 KHEntgG, wonach auch die im Einzelfall notwendigen und veranlassten Leistungen Dritter zu den Krankenhausleistungen zählten. Fraglich seien die Person des Dritten, die Erforderlichkeit im Einzelfall und eine mögliche Beschränkung auf untergeordnete oder unterstützende Maßnahmen. Weitere Beschränkungen ergäben sich aus dem Versorgungsauftrag und dem Vertragsarztrecht. Der Versorgungsvertrag des Krankenhauses sei in § 8 Abs. 1 S. 3 KHEntgG geregelt und ergebe sich im Regelfall aus dem jeweiligen Feststellungsbescheid. Für die Festlegung der Fachgebietsgrenzen sei auf die Weiterbildungsordnung abzustellen. Streitig sei immer noch, ob besondere, teilweise gesondert geplante Gebiete (wie Untergebiete der Chirurgie) ausgeschlossen sein könnten. Allerdings sei gerichtlich festgestellt worden, dass die von einem niedergelassenen Arzt für Neurochirurgie auf der Grundlage einer Kooperationsvereinbarung im Krankenhaus im Rahmen seines Versorgungsauftrages erbrachten Eingriffe an der Wirbelsäule im Erlösbudget berücksichtigungsfähig seien (*OVG Lüneburg*, Urt. v. 12.6.2013 – 13 LC 173/10).

Besonders knifflig sei die Frage, ob der Honorararzt freier Mitarbeiter oder Angestellter sei. Abzustellen sei auf die Regelung in § 7 Abs. 1 SGB IV. Arbeitnehmer sei insoweit, wer eine Arbeits- oder Dienstleistung aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages in persönlicher Abhängigkeit erbringe. Kriterien für das Arbeitsverhältnis seien die Frage der Eingliederung in den Betrieb und ein Weisungsrecht in Bezug auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung. Ein freies Mitarbeiterverhältnis sei hingegen anzunehmen, wenn ein eigenes Unternehmerrisiko bestehe, eine eigene Betriebsstätte (wie zum Beispiel eine eigene Praxis) vorhanden sei, eigene Betriebsmittel eingesetzt würden und der Leistungserbringer die Hoheit über die eigene Arbeitskraft hinsichtlich Tätigkeiten und Zeit habe. Kritisch dürfte insbesondere die Frage der Einbindung in operative Tätigkeiten sein. Es sei dabei ein Zeichen des medizinischen Betriebes, dass verschiedene Bereiche zusammenarbeiten und alle gemeinsam zusammen an dem Patienten tätig werden müssten. Insoweit sei die Einbindung in Teams Teil der geschuldeten Leistung und nicht Ausdruck von Unselbstständigkeit. Wichtig sei, ob bei der Aufstellung des Dienstplans Rücksicht auf die Vorgaben des Honorararztes genommen werde (siehe *Uffmann*, ZfA 1012, 1; anders *KH-Schiedsstelle Rheinland*, Beschl. v. 12.1.2010 - Verf.-Nr. 5/2010, S. 7). Der Frage des Arbeitsverhältnisses sei besondere Aufmerksamkeit zu widmen, unter anderem wegen § 266a StGB sowie möglichen Nachforderungen. Es sei daher anzuraten, ein Anfrageverfahren nach § 7a

Abs. 1 SGB IV bei der Deutschen Rentenversicherung Bund und eine Anfrage gemäß § 42e EStG beim zuständigen Betriebsstättenfinanzamt durchzuführen. Werde der Vertrag mit einer Gruppe von Ärzten geschlossen, spreche dies sehr stark für einen Dienstvertrag. Die DKG habe sich mit der Frage zuletzt in einem Papier vom 5.6.2014 beschäftigt.

Hochaktuell war der Vortrag durch die Berücksichtigung der erst am Vortrag veröffentlichten Entscheidung des *BGH* zur Frage der Abrechenbarkeit von wahlärztlichen Leistungen von Honorarärzten. § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG sehe vor, dass sich die Vereinbarung von Wahlleistung auf alle liquidationsberechtigten angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses erstrecke sowie die von diesen Ärzten veranlassten Leistungen von Ärzten außerhalb des Krankenhauses. Bisher sei umstritten gewesen, ob auch ein nicht im Krankenhaus angestellter Arzt, der dort jedoch tätig werde, auch Wahlleistungsentgelte verlangen könne. Nunmehr habe der *BGH* festgelegt, dass § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG den Kreis der liquidationsberechtigten Wahlärzte abschließend festlege. Eine entsprechende Wahlleistungsvereinbarung oder eine gesonderte Vergütungsvereinbarung, die hiervon abweichen, seien gemäß § 134 BGB nichtig. Die Entscheidung habe eine hohe Sprengkraft. So sei zu prüfen, ob die Patienten oder insbesondere die private Krankenversicherungen in der Vergangenheit gezahlte Vergütungen zurückfordern könnten. Kurz diskutiert wurde auch die Frage, ob es helfe, alle Honorarärzte anzustellen und diesen jeweils ein eigenes Liquidationsrecht einzuräumen. Hiergegen spreche, dass die besondere Vergütung – so der *BGH* – nicht für die Regelleistung gewährt werde, sondern vielmehr kaufe sich der Patient damit die Qualifikation eines besonders guten Arztes ein. Ob Honorarärzte auch dann eingesetzt werden könnten, wenn sie auf Veranlassung von liquidationsberechtigten Ärzten tätig würden, sei offen.

Schließlich wurde die Frage eines möglichen Zuweisungsentgelts für den Honorararzt erörtert. Es gebe verschiedene Vergütungsvarianten. Zum einen seien Honorarärzte in die Vergütungsstrukturen des Krankenhauses, eventuell zuzüglich Boni, eingebunden. Insoweit sei jedoch auf § 136a SGB V zu Zielvereinbarungen bei Chefärzten verwiesen, dessen Grundsätze auch hier anzuwenden seien. Eine andere Variante seien ein Stundensatz oder ein Anteil an den Fallpauschalen oder schließlich die Vereinbarung der Gebührenordnung für Ärzte. Die bisher sehr häufige Einräumung des Liquidationsrechts sei unzulässig. Soweit der Honorararzt besser gestellt werde als andere Krankenhausärzte, bestehe eine Informationspflicht des Betriebsrates (§ 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG). Die Große Koalition habe sich dahingehend festgelegt, dass ein

neuer Straftatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im Gesetzwesen im Strafgesetzbuch geschaffen werde. Das Vorhaben der vorherigen Regierung, eine entsprechende Verbotsnorm in § 307c SGB V zu schaffen, müsse als gescheitert betrachtet werden. Mit einem entsprechenden Regierungsentwurf werde für Dezember 2014 gerechnet. Der Medizinrechtsausschuss des DAV habe einen modifizierten Entwurf vorgelegt (siehe Nachweis bei SCHOLZ). Dieser sehe unter anderem einen Tatbestandsausschluss dann vor, wenn der Behandelnde der Informationspflicht nach § 630c BGB nachgekommen oder eine Beanstandung durch die Berufsaussichten unterblieben sei. Verbotsnormen ergäben sich aber schon jetzt aus § 31a Abs. 1 KHGG NRW, § 73 Abs. 7 SGB V i.V.m. § 128 Abs. 2 S. 3 SGB V und § 31 MBO. Ob die strenge Auffassung des *OLG Düsseldorf*, wonach ein Vorteil schon dann vorliege, wenn für den Arzt die Möglichkeit einer für ihn lukrativen Beauftragung bestehe (Urt. v. 1.9.2009 – I-20 U 121/08, MedR 2009, 664), so umfassend gelte, sei hingegen fraglich. Denn alle Verbotsnormen setzten eine Unrechtsvereinbarung voraus. Eine Unrechtsvereinbarung liege jedoch nicht vor bei sozial adäquaten Zuwendungen oder Leistungen (siehe *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 299 Rn. 16a sowie *Stollmann*, NZS 2011, 687 [688]). Sollte hingegen die gezahlte Vergütung ein Zuweisungsentgelt enthalten, drohten verschiedene Rechtsfolgen. Schon jetzt komme eine Strafbarkeit des Geschäftsführers des Krankenhauses wegen Untreue in Betracht sowie eines anwaltlichen Beraters wegen Beihilfe. Entsprechende vertragliche Vereinbarung seien gemäß § 134 BGB nichtig. Es sei zu überlegen, ob die Rechtsfolge sich auch dahingehend auswirke, dass eine mögliche Eingriffseinwilligung des Patienten unwirksam sei. Zudem dürfte das Krankenhaus den Vergütungsanspruch gegen die Krankenkasse verlieren. Insoweit sei angeraten, ein einheitliches Clearingverfahren einzuführen.

Schließlich wurden Fragen der Neufassung des § 115a Abs. 1 SGB V erörtert. Danach könne das Krankenhaus vorstationäre oder nachstationäre Behandlungen auch durch ausdrücklich beauftragte niedergelassene Vertragsärzte in der Arztpraxis erbringen. Nach der Auffassung des Gesetzgebers handele sich nur um eine gesetzliche Klarstellung zur Flexibilisierung von Krankenhäusern und Vertragsärzten. Vorstationäre Versorgung komme jedoch gedanklenotwendig erst dann in Betracht, wenn eine Verordnung von Krankenhausbehandlung durch den Vertragsarzt vorliege. Als einbezogene Vertragsärzte kämen alle Vertragsärzte, unabhängig vom Umfang des Versorgungsauftrages, auch Job-Sharing-Gesellschafter, oder Medizinische Versorgungszentren in Betracht. Nicht möglich sei hingegen die Einbeziehung von Privatärzten oder ermächtigten Krankenhausärzten. Die vom Gesetzgeber

ausdrücklich vorgesehene ausführliche Beauftragung schließe eine *invitatio ad offerendum* oder eine konkludente Beauftragung aus. Allerdings könne möglicherweise der Patient als Bote oder Übermittler der Beauftragung (zum Beispiel nach der Entlassung) eingesetzt werden. Hilfreicher sei insoweit der Abschluss eines Rahmenvertrages, in dem das Leistungsspektrum, die Person des Beauftragenden, die Formalien der Beauftragung, die Person des Leistungserbringers einschließlich der Qualifikation, Ort und Zeit der Leistungserbringung, Fragen der Vergütung und die Frage der Einwilligung des Patienten geregelt würden. Hilfreich sei auch, die Fragen der technischen Anbindung und des Datenschutzes zu regeln. Zu beachten sei, dass der Arzt in diesem Zusammenhang Krankenhausleistungen erbringe und eine Information der Haftpflichtversicherung erforderlich sei. Als Leistungen im prästationären Bereich seien bisher diskutiert worden Abklärungsdiagnostik, Anamnese und Aufklärung. Im poststationären Bereich seien insbesondere Wundkontrolle und Verbandswechsel sowie die Entfernung der Verbände diskutiert worden. Jedoch sei die jüngste Rechtsprechung des *BSG* zur prä- und poststationären Versorgung zu berücksichtigen. Danach handele sich dabei um Krankenhausversorgung, die die spezifischen Mittel des Krankenhauses erfordere. Alles andere seien Leistungen der vertragsärztlichen Versorgung. Soweit ein Krankenhaus Leistungen im Rahmen der poststationären Versorgung erbringen könne, könne die Leistung nicht gleichzeitig Gegenstand einer Ermächtigung nach § 116 SGB V sein (*BSG*, Ur. v. 17.7.2013 – B 6 KA 14/12 R). Nachstationäre Behandlung sei nicht erforderlich, wenn stattdessen vertragsärztliche Versorgung ausreiche. Eine erforderliche nachstationäre Behandlung dürfe ohne vertragsärztliche Verordnung im Anschluss an eine rechtmäßige Krankenhausbehandlung erfolgen. Nachstationäre Behandlungen, die nicht bereits mit der Fallpauschale abgegolten seien, könnten lediglich zu Zusatzpauschalen führen (*BSG*, Ur. v. 17.9.2013 – B 1 KR 51/12 R). Die von § 115a Abs. 1 SGB V geforderte Verordnung von Krankenhausbehandlung setze eine begründete Verordnung des Vertragsarztes voraus. Zudem müsse die Krankenhausbehandlung ohne Unterkunft und Verpflegung medizinisch gerade dazu geeignet sein, speziell die Erforderlichkeit einer vollstationären Krankenhausbehandlung zu klären oder die vollstationäre Krankenhausbehandlung vorzubereiten. Sie sei hingegen nicht erforderlich, wenn stattdessen die vertragsärztliche Versorgung ausreichend sei. Gleiches gelte für die nachstationäre Behandlung (*BSG*, Ur. v. 17.9.2013 – B 1 KR 67/12 R). Wenn nicht alle Mittel der vertragsärztlichen Diagnostik ausgeschöpft seien, sei eine vorstationäre Behandlung regelmäßig nicht erforderlich. Der Vertragsarzt sei verpflichtet, die ihm vorliegenden diagnostischen Erkenntnisse bei

der Einweisung in das Krankenhaus mit zu übermitteln. Unterlasse es ein Vertragsarzt, alle Mittel der Diagnostik vorher auszuschöpfen, und müsse deswegen der Krankenhausarzt nach seinem Kenntnisstand die Diagnostik noch einmal wiederholen, behalte das Krankenhaus zwar seinen Vergütungsanspruch; die Krankenkasse können den entsprechenden Betrag jedoch im Regresswege von dem Vertragsarzt zurückverlangen (BSG, Urt. v. 17.9.2013 – B 1 KR 21/12 R).

Der Reigen der Vorträge wurde beschlossen von Herrn Steuerberater Dr. ROLF MICHELS, Laufenberg Michels Köln, zu den **besonders wichtigen Aspekten des variablen Kapitalkontos**. MICHELS stellte zunächst typische Formulierungen aus Gesellschaftsverträgen vor, wobei insbesondere unterschieden wurde zwischen sehr allgemein gefassten Regelungen und spezifischen Regelungen, die auch einen Jahresausgleich vorsähen; zudem seien die Kapitalkontenstände im Rahmen des Ausscheidens aus der Gesellschaft zu berücksichtigen. Anschließend erörterte MICHELS anhand eines Fallbeispiels den Verlauf der Kapitalkonten und die unterschiedliche Gestaltung und insbesondere die Frage, wie verschiedene Beträge zu buchen seien.

Das Kapitalkonto habe insoweit eine Doppelfunktion. Es stelle zum einen dar, inwieweit sich das steuerliche Praxisvermögen auf die Gesellschafter verteile. Auf dem Kapitalkonto des Gesellschafters werde sein Anteil am Gesellschaftsvermögen zum Buchwert abgebildet. Die Summe der Kapitalkonten bilde die Differenz zwischen den Buchwerten der aktiven Vermögensgegenstände und den Passiva ab. Auf dem Kapitalkonto würden auch Einlagen, Entnahmen, Gewinne und Verluste der Gesellschafter erfasst. Der Saldo aus diesen Positionen bilde den entnahmefähigen Gewinnanteil oder den noch einzulegenden Verlust- oder Übernahmeanteil ab. Abweichend von anderen Unternehmen oder einer Kapitalgesellschaft werde das Kapital der Personengesellschaft im Innenverhältnis untereinander auf die Gesellschafter aufgeteilt und der Kapitalanteil des jeweiligen Gesellschafters sei deswegen veränderlich. Spätestens bei der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters sei diesem sein Kapitalkonto auszuzahlen. Hierbei sei zu beachten, dass im Falle der Veräußerung des Anteils die im Kapitalkonto enthaltenen Anteile am materiellen und ggf. immateriellen Vermögen, die mit dem Kaufpreis bezahlt würden, nicht noch einmal über das Kapitalkonto ausbezahlt würden. Diese Problematik stellte MICHELS im Folgenden anhand eines Beispiels zur Veräußerung eines Gesellschafters dar.

Besonders wichtig sei, dass überhaupt Kapitalkonten geführt würden, dass die Entwicklung der Kapitalkonten verfolgt und mit den Gesellschaftern kommuniziert werde und dass die Relation der Kapitalkonten zueinander stimme sowie bei ungleichen Kapitalkonten gegebenenfalls ein Ausgleich über eine angemessene Verzinsung statfinde. Schließlich sollten Regelungen zu Kapitalkonten eingehalten werden. Es reiche im Regelfall aus, nur ein variables Kapitalkonto zu führen. Ein bei der Veräußerung über den Kaufpreis bezahlter Anteil an den Buchwerten müsse auf den Erwerber umgebucht werden. Dieser Betrag beeinflusse auch den Veräußerungsgewinn des abgebenden Gesellschafters.

Das zehnjährige Jubiläum der Veranstaltung soll in Düsseldorf begangen werden und zwar am 13. November 2015. Am folgenden Tag wird wiederum der Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag stattfinden. Alle interessierten Kolleginnen und Kollegen werden gebeten, sich den Termin schon jetzt vorzumerken. Die Einladung wird rechtzeitig versandt werden.

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